

ERIKA BECHARA

**Licenciamento e
Compensação Ambiental na
Lei do Sistema Nacional das
Unidades de Conservação (SNUC)**

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2009

© 2009 by Editora Atlas S.A.

Capa: Roberto de Castro Polisel

Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bechara, Erika

Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC) / Erika Bechara. -- São Paulo : Atlas, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5633-8

1. Áreas protegidas – Brasil 2. Compensação ambiental 3. Desenvolvimento sustentável 4. Direito ambiental 5. Gestão ambiental 6. Licenças ambientais – Brasil 7. Meio ambiente 8. Política ambiental – Leis e legislação – Brasil 9. Projetos de conservação (Recursos naturais) – Brasil 10. Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Brasil) I. Título.

09-07833

CDU-34:502.7:35.0781.1(81)(094)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Licenciamento e compensação ambiental : Leis : Sistema Nacional de Unidades de Conservação : Direito ambiental 34:502.7:35.0781.1(81)(094)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

A quem dedicar este trabalho senão a meus pais, Badih e Vandinha,
sempre tão torcedores e sempre meu porto seguro?

3

O Controle de Empreendimentos Potencialmente Causadores de Impactos Negativos, Poluição e Danos Ambientais pelo Licenciamento Ambiental e pela Avaliação de Impactos Ambientais

3.1 Controle de empreendimentos potencialmente causadores de impactos negativos, poluição e danos ambientais

Vimos que empreendimentos poluidores são autorizados por nosso ordenamento jurídico em determinadas, justificáveis e excepcionais circunstâncias.

Afinal, como bem observa Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, “toda atividade econômica e social é, em maior ou menor grau, poluente”.¹ E, não sendo

¹ *A implementação dos direitos fundamentais e o paradigma constitucional: as novas concepções e os desafios aos operadores do direito*, p. 40. A autora, na mesma oportunidade, completa seu raciocínio com exemplos de atividades degradadoras nos três setores da economia: “a) no **setor primário** temos as atividades extrativas e de produção de bens, que tantos impactos negativos causam ao meio ambiente: a mineração (erosão, utilização de mercúrio etc.); o desmatamento e queimadas de áreas verdes preservadas ou não; a atividade agropecuária (utilização indevida de agrotóxicos, hormônios, antibióticos etc.); a pesca e a caça predatórias. b) no **setor secundário** aparecem as indústrias de transformação (siderúrgicas, petroquímicas, metalúrgicas, mecânica, têxtil, alimentícia) responsáveis pela chamada poluição industrial, uma das mais complexas e gra-

possível à sociedade abrir mão de grande parte dessas atividades, haja vista os benefícios que oferecem à população, é certo que a coletividade deverá conviver com algum tipo de degradação ambiental.

Mas que essa alegação não pareça conformista e muito menos defensora de uma flexibilização das normas ambientais para o bem das atividades econômicas sociais impactantes. A regra firme continua sendo a da necessidade de redução da degradação ambiental ao menor patamar técnica e cientificamente possível, para que as atividades com potencial poluidor, das quais não se pode abrir mão, tornem-se “suportáveis”.

Para obrigar que os empreendedores lancem mão da melhor tecnologia existente para reduzir ao mínimo os impactos negativos da atividade e que mantenham seus procedimentos dentro dos padrões ambientais determinados pela lei, o Poder Público exerce diversas formas de controle como, por exemplo, o licenciamento ambiental, a avaliação de impactos ambientais, a auditoria ambiental e a fiscalização.

Para o presente trabalho interessam as duas primeiras formas de controle – o licenciamento ambiental e a avaliação de impactos ambientais –, que estão intimamente ligados à compensação ambiental.

Inúmeros aspectos interessantes e relevantes circundam os temas *licenciamento ambiental* e *avaliação de impactos ambientais*, como, v.g., as etapas de desenvolvimento, o conteúdo, a publicidade e a participação popular.

A abrangência é tanta que entendemos por bem abordar adiante apenas os aspectos diretamente relacionados ao objeto deste estudo – compensação ambiental na Lei 9.985/2000.

3.2 Licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é elencado como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 9º, inc. IV, da Lei 6.938/1981:

“São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente;

[...]

IV – o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.”

ves, que provoca a poluição atmosférica, da água e do solo, pela emissão de gases, fumaça, ruídos, lançamentos de resíduos sólidos, líquidos etc. [...] c) no **setor terciário** as diversas modalidades de prestação de serviços também aparecem como poluentes: comércio (lixo, poluição sonora, visual); transporte (poluição atmosférica, derramamento de óleo), saneamento básico (lançamento de esgoto sem tratamento, disposição indevida do lixo); saúde (lixo hospitalar), turismo (degradação dos ecossistemas) etc.”

Vem ele definido pela Resolução CONAMA 237/1997 como o

“procedimento administrativo² pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicadas ao caso” (art. 1º, inciso I).

Trata-se de típico instrumento de **prevenção** de danos ambientais,³ visto que é nesse procedimento que o órgão ambiental licenciador verifica a natureza, dimensão e impactos (positivos e negativos) de um empreendimento potencialmente poluidor, antes mesmo seja ele instalado e, a partir de tais constatações, condiciona o exercício da atividade ao atendimento de inúmeros requisitos (chamados de condicionantes) aptos a eliminarem ou reduzirem tanto quanto possível os impactos ambientais negativos. Em poucas palavras, o licenciamento ambiental enquadra o empreendimento na legislação ambiental para forçá-lo a se desenvolver dentro dos padrões preestabelecidos, sem gerar lesões irremediáveis e intoleráveis ao ambiente e à coletividade.

Não houvesse esse procedimento tão relevante **antes** da instalação e funcionamento das obras e atividades potencialmente degradadoras, a probabilidade de elas se desenvolverem sem nenhum cuidado e preocupação com o equilíbrio ambiental seria enorme – afinal, muitos são os empreendedores, ainda, que só investem em equipamentos e procedimentos antidegradação ambiental se forçados a tanto pelo órgão ambiental.

Por isso, apesar dos ônus financeiros e temporais que lhe são inerentes – o que faz com que muitos o enxerguem como um obstáculo à realização de atividades econômicas⁴ –, o licenciamento ambiental é essencial para o enquadramento

² Oportuno citar a crítica de Talden Farias ao enquadramento do licenciamento ambiental como um **procedimento administrativo**, pois, amparado na doutrina de Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Celso Antonio Bandeira de Mello, que diferencia o *procedimento* do *processo*, defende que o licenciamento ambiental é um verdadeiro **processo administrativo**. A diferença entre processo administrativo e procedimento administrativo, diz ele, “está na complexidade, na litigiosidade e no estabelecimento do contraditório e da ampla defesa existente naquele e não existente neste”. Assim, pelo fato do licenciamento ambiental se pautar “pelo alto grau de complexidade e de litigiosidade e pela necessidade de estabelecimento do contraditório e da ampla defesa”, ele parece “se enquadrar perfeitamente como um processo administrativo” (*Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p. 189-190).

³ No mesmo sentido: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Ob. cit., p. 588; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 85 e MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 267.

⁴ A desembargadora Consuelo M. Y. Yoshida, por ocasião do voto proferido na homologação de acordo feito entre IBAMA, Estado de São Paulo, DERSA DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S.A. e Ministério Público Federal, na ação civil pública que versava sobre o licenciamento ambiental da obra viária Rodoanel, no Estado de São Paulo, comentou que o licenciamento ambiental tem sido alvo de severas críticas por parte dos empreendedores privados e públicos nos últimos tempos, che-

das atividades impactantes. Onde faltar o licenciamento ambiental, faltará a proteção do meio ambiente.

Emende-se, aqui, que a relevância do licenciamento ambiental foi bem captada pela Lei dos Crimes Ambientais, que tipificou a falta de licença ambiental, nas hipóteses exigíveis, como crime ambiental.⁵ Eis o teor do art. 60 da Lei 9.605/1998:

gando-se a responsabilizar o licenciamento pelo emperramento do desenvolvimento nacional e pelos danos ao patrimônio público em razão das obras inacabadas. As críticas, segundo a magistrada, “estão relacionadas ao nível de exigências, aos elevados custos e à demora natural na tramitação do procedimento até à obtenção das licenças ambientais, agravada essa demora pela judicialização dos conflitos, cada vez mais frequentes, resultando na paralisação dos projetos ou do empreendimento em fase de implantação ou funcionamento”. Apesar disso, arremata que “os impasses e dificuldades não podem ser solucionados ou minimizados através da dispensa ou simplificação das exigências a ponto de comprometer a eficácia e efetividade dos estudos ambientais, notadamente do EIA, bem como das licenças ambientais” e conclui que “o grande desafio é agilizar o procedimento do licenciamento sem prejuízo da efetividade da proteção preventiva da qualidade ambiental” (Proc. 2003.61.00.025724-4, TRF 3ª Região, 6ª T., j. 9 de março de 2005).

⁵ Sabe-se que, em face do princípio do Direito Penal da *intervenção mínima*, só se deve tipificar como crime as condutas realmente graves, que necessitam da “força” persuasiva do Direito Penal para serem combatidas. Por isso a criminalização de condutas deve estar fundamentada na *dignidade e necessidade*. Luiz Antonio de Souza, em profundo estudo sobre o tema, enfrenta a questão sobre os bens jurídicos mercedores da tutela penal, pois “deve haver um limite, um norte a ser seguido pelo legislador na tarefa interventiva penal, possibilitando, logicamente, a tutela de bens fundamentais para o cidadão, todavia impedindo uma ingerência exagerada na vida do indivíduo e da sociedade, evitando-se, assim, o império do poder repressivo do Estado frente ao direito de liberdade da pessoa” (*Tutela criminal difusa*, p. 15-16). E continua sua explicação, informando que Von Litz introduziu os conceitos de Dignidade Penal e Necessidade Penal, ao defender que o Direito Penal deveria intervir onde existisse um interesse digno de tutela e fosse necessária a sanção penal para dar proteção ao bem jurídico: “Dignidade Penal é o atributo que reveste direitos e bens jurídicos, os quais, por serem relevantes e fundamentais para o indivíduo e a sociedade, são, em razão disso, mercedores de tutela penal. Manuel da Costa Andrade a define como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade.

[...]

O caráter fragmentário do Direito Penal, advirta-se, reside no fato de que o Direito Penal, identificado um bem jurídico penal, **não deve sancionar todas as condutas a ele lesivas, mas, apenas e tão somente, as modalidades de lesões mais significativas, mais violentas.**

[...]

No plano transistemático, pois, a Necessidade penal, portanto a carência da tutela penal, dá expressão ao princípio da subsidiariedade e de ‘ultima ratio’ ao direito penal, pelo que pode-se afirmar que a Dignidade Penal não é critério bastante para determinar a intervenção penal estatal. Tal **só se faz presente quando verificado o binômio Dignidade Penal e Necessidade Penal.**

[...]

Quanto ao caráter fragmentário, também referido por Manuel da Costa Andrade, significa que o Direito Penal só deverá sancionar as condutas mais lesivas, mais perigosas aos bens jurídicos que protege, valendo-se de outros meios sancionatórios para condutas menos lesivas. No que diz ao caráter subsidiário, a necessidade penal só se verifica se não existirem outros meios capazes de conferir proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela” (g.n.) (Ibidem, p. 97 ss.)

“Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, **sem licença ou autorização** dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes. (g.n.)

PENA: detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

Com texto similar, o art. 66 do Decreto 6.514/2008 (que disciplina as infrações administrativas ambientais) tipifica como infração administrativa a conduta de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, atividades, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais sem as licenças ambientais exigíveis, sujeitando o infrator a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

3.2.1 Licenciamento ambiental corretivo

Reiteramos que para cumprir o seu papel maior de evitar danos ao meio ambiente, conformando os empreendimentos potencialmente poluidores aos padrões e limites aceitáveis de alterações ambientais, o licenciamento ambiental deve ser prévio, *i.e.*, deve anteceder a instalação e operação da obra ou projeto.

Casos há, porém, em que o licenciamento será feito após a implantação ou até mesmo o funcionamento do empreendimento. São situações excepcionais, é verdade. Mas, como elas são até mesmo reconhecidas pela lei, não podemos deixar de abordá-las.

Nesta situação encontramos: (i) os empreendimentos instalados sem as correspondentes licenças ambientais, porque o licenciamento ambiental sequer existia quando de sua implantação e (ii) os empreendimentos instalados sem as correspondentes licenças ambientais porque o empreendedor simplesmente desrespeitou a legislação vigente, implantando seu empreendimento sem as licenças ambientais exigíveis à época. No primeiro caso, não se vislumbra um comportamento ilícito do empreendedor; no segundo, sim.

Tais empreendimentos podem vir a ser obrigados a se submeter a um licenciamento “tardio” ou *a posteriori* – é o que se costuma chamar de licenciamento corretivo, que, como o nome já revela, busca corrigir uma **situação desconforme** (empreendimentos instalados antes da legislação do licenciamento) ou uma **situação irregular** (empreendimentos instalados após a legislação do licenciamento), convertendo o quadro negativo (primeira hipótese) ou contrário à lei (segunda hipótese) em uma situação conforme ou lícita.⁶

⁶ Edis Milaré diferencia essas duas situações, entendendo haver na primeira uma posição de desconformidade e na segunda uma posição de clandestinidade: “cumpre estabelecer a seguinte distinção: (i) *atividade desconforme* – nasceu regular e, posteriormente, se tornou deficitária diante

3.2.1.1 Empreendimentos instalados antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental

Quanto aos empreendimentos instalados **antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental**, a exigência do licenciamento posterior tem a finalidade de verificar a sua obediência às normas ambientais então vigentes e, caso contrário, de adequá-los a elas. E não venham os empreendedores argumentar que, quando iniciaram a sua atividade, cumpriam as regras da época e apenas a elas é que, hoje, devem subserviência. Afinal, a nenhuma atividade é dado o direito de *permanecer* submetida a normas ambientais que, de certa forma, “toleravam” a degradação do ambiente (e decerto o faziam em razão do “menor” conhecimento técnico e científico que se detinha naquele período).

Assim posto, o licenciamento ambiental corretivo parte da premissa de que, mesmo tendo o empreendimento sido implantado respeitando as normas ambientais da época, deve acompanhar todas as normas mais rigorosas editadas posteriormente. Qualquer entendimento diverso equivaleria à aceitação do **direito adquirido de poluir**. Significaria, portanto, a *aceitação do inaceitável*.

Além disso, cumpre lembrar que a “revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” é prevista expressamente, no art. 9º, inc. IV, da Lei 6.938/1981, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, de sorte que as atividades com potencial degradador, **licenciadas ou não**, podem, a qualquer tempo, ser reavaliadas pelos órgãos competentes, a fim de se verificar sua conformidade com a política ambiental reinante. À vista disso, o licenciamento ambiental *a posteriori* nada mais é do que a revisão de uma atividade efetiva ou potencialmente poluidora.

Um outro argumento a favor da legalidade do licenciamento corretivo é o de que toda a legislação aplicável ao licenciamento ambiental exige que o *funcionamento* de empreendimentos potencialmente poluidores tenha a licença ambiental correspondente. Considerando que *funcionamento*, aqui, engloba todo o período de operação da atividade e não apenas o início da operação, mesmo que o empreendimento tenha sido implantado sem uma licença específica de instalação (a qual, depois da conclusão da obra, perde o sentido de existir, de forma que não será exigida no licenciamento corretivo), se ele estiver em funcionamento no presente, e durante todo o período em que estiver, deve ter a licença para a operação da atividade.⁷

das novas exigências estabelecidas por lei superveniente, que impôs uma atualização tecnológica ao exercício da atividade ou ao uso e gozo da propriedade; (ii) *atividade ou obra clandestina* – tem vício no seu nascedouro, a ensejar sua interdição ou embargo definitivo, caso não seja sanável” (*Direito do ambiente*, p. 555, nota de rodapé).

⁷ OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *O licenciamento ambiental*, p. 125.

Como exemplos de imposição legal de licenciamento ambiental corretivo de empreendimentos que, quando instalados, não estavam sujeitos a dito procedimento: Resolução CONAMA 06/1987, que determina o licenciamento prévio e *a posteriori* dos empreendimentos de geração de energia elétrica,⁸ Resolução CONAMA 335/2003 (alterada pela Resolução CONAMA 368/2006), que determina o licenciamento dos cemitérios horizontais e verticais a serem implantados e dos já existentes,⁹ Resolução CONAMA 273/2000, que determina o licenciamento dos postos de gasolina¹⁰ (mais precisamente, dos postos revendedores, postos de abastecimento, instalações de sistemas retalhistas e postos flutuantes de combustíveis) a serem implantados e dos já existentes e, no Estado de São Paulo, o Decreto 47.397/2002 que, alterando o Decreto 8.468/1976, determina que os empreendimentos instalados antes da regulamentação do licenciamento ambiental no Estado (criado pela Lei estadual 997/1976 e regulamentado pelo Decreto 8.468/1976), obtenham a licença de operação, mediante convocação do órgão competente (CETESB).¹¹

⁸ Consta do art. 12, § 4º, da Resolução CONAMA 06/1987: “Para o empreendimento que **entrou em operação a partir de 1º de fevereiro de 1986**, sua **regularização** se dará pela obtenção da LO, para a qual será necessária a apresentação de RIMA contendo, no mínimo, as seguintes informações: descrição do empreendimento; impactos ambientais positivos e negativos provocados em sua área de influência; descrição das medidas de proteção ambiental e mitigadoras dos impactos ambientais negativos adotados ou em vias de adoção, além de outros estudos ambientais já realizados pela concessionária.” Consta, também, do § 5º deste mesmo artigo: “Para o empreendimento que **entrou em operação anteriormente a 1º de fevereiro de 1986**, sua **regularização** se dará pela obtenção da LO sem a necessidade de apresentação de RIMA, mas com a concessionária encaminhando ao(s) órgão(s) estadual(ais) a descrição geral do empreendimento; a descrição do impacto ambiental provocado e as medidas de proteção adotadas ou em vias de adoção.” (g.n.).

⁹ O art. 11, parágrafo único da Resolução CONAMA 335/2003 dispõe que “o cemitério que, na data de publicação desta Resolução, estiver operando sem a devida licença ambiental, deverá requerer a regularização de seu empreendimento junto ao órgão ambiental competente, no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir da data de publicação desta Resolução”. Sendo esse prazo de regularização muito curto, o art. 3º da Resolução CONAMA 368/2006 prorrogou-o nos seguintes termos: “Os cemitérios existentes na data de publicação da Resolução 335, de 2003, terão prazo de até dois anos para adequar-se às normas constantes desta Resolução, contados a partir da data de sua publicação.” O prazo em questão esgotou-se em março de 2008.

¹⁰ É do art. 6º da Resolução CONAMA 273/2000: “Caberá ao órgão ambiental competente definir a agenda para o licenciamento ambiental dos empreendimentos identificados no art. 1º **em operação na data de publicação desta Resolução**.”

§ 1º Todos os empreendimentos deverão, no prazo de seis meses, a contar da data de publicação desta Resolução, cadastrar-se junto ao órgão ambiental competente. As informações mínimas para o cadastramento são aquelas contidas no Anexo I desta Resolução.

§ 2º Vencido o prazo de cadastramento, os órgãos competentes terão prazo de seis meses para elaborar suas agendas e critérios de licenciamento ambiental, resultante da atribuição de prioridades com base nas informações cadastrais.”

¹¹ Reza o art. 71-A, § 1º, do Decreto 47.397/2002: “As fontes instaladas antes de 8 de setembro de 1976, que não possuam Licença de Operação, serão convocadas a obter a respectiva licença.”

3.2.1.2 Empreendimentos instalados em desrespeito à obrigatoriedade do licenciamento ambiental

No que tange aos empreendimentos desprovidos das licenças ambientais necessárias porque simplesmente “resolveram” descumprir a lei que as exige, com maior razão devem se submeter ao licenciamento corretivo, para regularizarem a atividade.

Não se quer, com isso, estimular que os empreendimentos se instalem e entrem em operação às pressas, sem as licenças exigíveis, porque depois, “com mais calma”, poderão pleitear a sua regularização. Alguns até poderão ser seduzidos por esta falsa ideia, acreditando que o licenciamento posterior será mais fácil, eis que o empreendimento terá a seu favor todo o apelo de já estar inserido na economia da região, gerando empregos, rendas e toda sorte de benefícios à população. No entanto, não deveriam depositar tanta fé na teoria do “fato consumado” e na crença de que, por conta dela, a regularização da obra ou atividade sairá a qualquer preço.

Isso porque só se regularizarão os empreendimentos que puderem se adequar às normas ambientais vigentes; se se constatar a impossibilidade de adequação, ter-se-ão empreendimentos irregularizáveis, sujeitos a demolição e/ou interdição. Por isso, os empreendedores devem se considerar “premiados” se lograrem trazer para a legalidade as obras e atividades instaladas e desenvolvidas sem as licenças ambientais necessárias, visto que o resultado do licenciamento corretivo, em casos como estes, pode ser até mesmo o não licenciamento dos empreendimentos em construção ou em operação.

A preleção de Talden Farias reforça esta colocação, partindo ele da constatação de que, por omissão do Poder Público, inúmeras atividades potencial ou efetivamente poluidoras não estão se submetendo ao licenciamento ambiental. Disso surgem duas situações e soluções:

“A primeira é a do empreendimento cujo licenciamento ambiental, por afrontar tão diretamente a legislação ambiental, não pode ser viabilizado, devendo por isso a atividade ser imediatamente paralisada. É a situação de empresas que operam dentro de unidades de conservação de regime integral ou que operem em desacordo com o zoneamento urbanístico ambiental. Nesses casos, além de terem que arcar com a responsabilidade nos campos civil, penal e administrativo, **os responsáveis não poderão dar continuidade à atividade**.”

A segunda é a daquelas atividades que, apesar da ausência do licenciamento ambiental, apresentam condições de se regularizar desde que cumpram determinadas medidas mitigadoras ou compensatórias. Em tais casos a interdição da atividade não se faz necessária, já que além de não haver

prejuízo efetivo para o meio ambiente, a sociedade sairia perdendo com a paralisação ou fechamento do empreendimento em termos de geração de emprego e renda.” (g.n.)¹²

O promotor de justiça do Ministério Público paulista Daniel Roberto Fink também é dessa opinião:

“Há inúmeros casos de obras, atividades ou empreendimentos significativos que não contam com o licenciamento ambiental prévio. E o que fazer? Seria o caso de interditá-los?

Aos empreendimentos para os quais o licenciamento é inviável não há dúvida de que a resposta é afirmativa, devendo ser paralisados. Mas há nesses empreendimentos casos em que, apesar de ausente o licenciamento, é possível realizá-lo, ainda, com adoção de medidas ambientais eficazes, mantendo-se a atividade. Há outros, ainda, cuja única irregularidade é a ausência de licença, tendo empreendedor adotado as devidas medidas ambientais, não produzindo danos significativos. E para esses casos, seria razoável a interdição? Evidentemente, não.”¹³

A visão de Antonio Inagê de Assis Oliveira, na direção de todas as demais, também merece ser citada:

“não se está aqui preconizando a regularização dos empreendimentos implantados irregularmente. Se a instalação do mesmo ocorreu em desacordo com a legislação, deve ter suas obras embargadas e seu responsável punido administrativamente (o que não impede a ação judicial do Ministério Público e dos demais legitimados pela Lei nº 7.347/85 para ressarcimento dos danos eventualmente causados) e intimado, quando for o caso, a requerer a competente licença.

Analisada a questão, caso seja inviável a instalação ou operação do empreendimento no local onde estava sendo realizada, por razões ambientais, a licença deve ser negada e intimado o responsável a restabelecer as condições ambientais existentes antes de sua intervenção, inclusive via judicial. Apenas se for viável a instalação e operação do empreendimento no local é que se admite tenha prosseguimento o processo de licenciamento”.¹⁴

Não se deve olvidar que os empreendimentos que não tenham as licenças exigíveis podem ser suspensos enquanto o licenciamento corretivo não for concluído, pois, se foram instalados ao arrepio da lei, não se lhes reconhece qualquer

¹² *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p. 72-73.

¹³ *O controle jurisdicional do licenciamento ambiental*, p. 84.

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 127-128.

direito ao funcionamento enquanto irregulares.¹⁵ Apenas na hipótese de o órgão ambiental entender que a sua operação é absolutamente necessária ou justificável, é que, discricionariamente, autorizará a sua continuidade durante o licenciamento. Nesta situação, poderíamos encartar um aterro sanitário construído pelo Município sem as correspondentes licenças ambientais e que, se fechado durante o licenciamento corretivo, poderia causar sérias lesões à coletividade, em vista da inexistência de outro local para a deposição final dos resíduos domiciliares produzidos na cidade.

Frise-se, por fim, que mesmo que a licença de operação seja concedida ao empreendimento irregular, o empreendedor deverá responder pela infração cometida, nos termos do art. 60 da Lei 9.605/1998 (infração penal) e do art. 44 do Decreto 3.179/1999 (infração administrativa). Queremos com isso dizer que a regularização posterior da atividade não implica o perdão da infração ambiental cometida anteriormente.

3.2.2 Natureza jurídica do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é uma manifestação clara do **poder de polícia** do Estado sobre as atividades que possam perturbar e/ou comprometer a vida, a segurança e o bem-estar da coletividade.

O poder de polícia encontra sua definição legal no art. 78 do Código Tributário Nacional:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à

¹⁵ A Lei 9.605/1998, ao cuidar das infrações administrativas ambientais, prevê, no rol das sanções administrativas, a demolição de obra e a suspensão parcial ou total das atividades, as quais serão aplicadas, de acordo com o § 7º do art. 72, “quando o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo às prescrições legais ou regulamentares”. Quanto aos empreendimentos em funcionamento sem as licenças exigíveis, o Estado de São Paulo é bem rigoroso. Na Lei da Política Estadual de Meio Ambiente, Lei 9.509/1997, consta que, “Iniciadas as atividades de implantação e operação, antes da expedição das respectivas licenças, os dirigentes dos órgãos responsáveis pela expedição do licenciamento deverão, sob pena de responsabilidade funcional grave, sem prejuízo da imposição de outras penalidades, implementar medidas administrativas de *interdição*, que, se não forem de pronto acatadas, deverão ser imediatamente seguidas de medidas judiciais impetradas pelo órgão jurídico competente, de *embargo*, e outras providências cautelares, bem como comunicar imediatamente ao CONSEMA, para os fins do inciso V do artigo 8º desta lei, além de comunicar o fato às entidades financiadoras do projeto” (art. 21) e que “As penalidades de embargo e demolição serão impostas *na hipótese de obras ou construções feitas sem licença ou com ela desconformes*” (art. 30, § 7º). A Lei paulista 997/1976, que trata das atividades causadoras de poluição, não é tão peremptória, embora sugira ao órgão ambiental a interdição de atividades em operação sem as correspondentes licenças: “As penalidades de embargo e de demolição *poderão* ser impostas na hipótese de obras ou construções feitas *sem licença ou com ela desconformes*” (art. 8º, § 7º).

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.”¹⁶

É lição corrente que nenhum direito, nem mesmo se fundamental, pode ser exercido sem limites e sem cuidados para com as consequências que arriscam gerar aos direitos de outrem. E cabe ao Poder Público zelar para que todos os direitos sejam exercidos harmonicamente, fazendo-o por meio do poder de polícia. Por isso é que, para Marçal Justen Filho, o poder de polícia “traduz a concepção de que a convivência social acarreta a necessidade de limitação dos direitos individuais, de modo a evitar que a máxima liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia”.¹⁷

Sendo assim, podemos concluir que o poder de polícia é a prerrogativa que tem o poder público de condicionar a liberdade e a propriedade dos cidadãos, em nome do bem comum, de modo a impedir que as pessoas utilizem a sua liberdade ou a sua propriedade em detrimento de outrem. Ou, como resume Maria Sylvania Zanella di Pietro, é a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.¹⁸

Entenda-se bem a limitação da liberdade e da propriedade própria do poder de polícia: não se trata apenas de impor ao particular uma abstenção em nome do bem comum ou vedar-lhe determinadas condutas, mas de lhe exigir, por vezes, um comportamento positivo, pró-ativo, no benefício de todos. Nesse sentido, Agustín Gordillo leciona que o caráter meramente proibitivo da atividade de polícia já não tem curso atualmente, visto que

“las obligaciones de hacer instalaciones de seguridad contra accidentes, contra incendios, de primeros auxilios, etcétera; la obligación de vacunarse, de poner silenciadores en los escapes de los vehículos, de construir cercos, de exponer al público lista de precios, de colocar en los comercios chapas con identificación del ramo y el propietario, de usar delantales, etcétera, son todas obligaciones policiales positivas y no meras prohibiciones”.¹⁹

Entendidos estes aspectos relevantes do poder de polícia, a identidade entre ele e o licenciamento ambiental resta evidente por conta da finalidade deste último, sem sombra de dúvidas englobada na finalidade do primeiro: **limitar** o uso da propriedade *no* e a liberdade *ao* desenvolvimento de atividades econômicas,

¹⁶ Para a doutrina, o termo *poder de polícia* está em crise, repousando a preferência geral, atualmente, na designação *limitação à liberdade e à propriedade*. Em monografia sobre licenças (uma das manifestações do poder de polícia), Luis Manuel Fonseca Pires explica com maestria a evolução desse entendimento. (*Regime jurídico das licenças*, p. 66 ss).

¹⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 386.

¹⁸ *Direito administrativo*, p. 128.

¹⁹ *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2, p. V-19-20.

industriais, sociais e quaisquer outras causadoras de impactos ambientais negativos, com vistas a evitar que elas afetem a qualidade do ambiente e, com ela, a qualidade de vida dos cidadãos.

O licenciamento ambiental, ao limitar a atividade, não a impede. Apenas a conforma aos preceitos técnicos e legais que visam afastar o seu potencial “perturbador”. E tanto a conforma mediante proibições (não fazer) quanto mediante imposições (fazer). É dizer que ora se exige a **não atuação** do empreendedor de tal ou qual maneira, ora, ao contrário, exige-se que o empreendedor **atue**, positivamente, de tal ou qual maneira.

Nessa linha é que Sandro Ari Andrade de Miranda, muito contundente, atrela a natureza jurídica do licenciamento ambiental ao poder de polícia do Estado:

“O Licenciamento Ambiental é típico exercício do poder de polícia administrativo, não cabendo ao empreendedor escolher se deve, ou não, submeter-se ao controle pelos órgãos ambientais licenciadores. A única hipótese de não submissão ao licenciamento pelo poder público seria o não desenvolvimento da obra ou atividade. O Licenciamento Ambiental é uma obrigação, imperativa, que deve ser obedecida pelo empreendedor responsável pela atividade ou obra, não só quanto à subordinação ao licenciamento, mas também em relação à obediência das condições e restrições por ele impostas, sob pena de sofrer sanções previstas em lei. Outra característica essencial do poder de polícia é o seu caráter intransferível, monopolizado pelo estado, embora possa ser exercido pelos entes da administração indireta.”²⁰

Sendo uma atividade de polícia, ao licenciamento ambiental aplicam-se os mesmos princípios e atributos do poder de polícia (p. ex.: legalidade, proporcionalidade,²¹ obrigatoriedade, autoexecutoriedade etc.), respeitando-se, porém, as peculiaridades da legislação ambiental, que cria regras próprias para a liberação de atividades potencialmente poluidoras, regras essas não extraídas e nem aplicáveis ao regime geral do poder de polícia ou das licenças administrativas.

3.2.3 Obras e atividades sujeitas ao licenciamento ambiental

As obras e atividades sujeitas ao licenciamento ambiental são, nos termos do art. 10 da Lei 6.938/1981, as “utilizadoras de recursos ambientais, considerados

²⁰ Taxa ou preço público: qual a natureza da contraprestação paga ao órgão responsável, quando do licenciamento ambiental? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6984>>. Acesso em: 28 mar. 2007. Nesse mesmo sentido: DAWALIBI, Marcelo. *O poder de polícia em matéria ambiental*, p. 110. Em sentido contrário, defendendo que o licenciamento ambiental é um serviço público: FINK, Daniel Roberto. *O controle jurisdicional do licenciamento ambiental*, p. 79.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 387.

efetiva e potencialmente poluidores, bem como os [empresendimentos] capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”. Em suma: projetos, obras e atividades que possam comprometer a qualidade e o equilíbrio do meio ambiente.

A hipótese é clara mas, ainda assim, pode gerar alguma dúvida no caso concreto ante a dificuldade de se averiguar, sem elementos mais contundentes, se tal ou qual atividade é potencialmente poluidora ou se pode causar degradação ambiental.

Daí por que andou bem o CONAMA ao ofertar, no Anexo 1 da Resolução 237/1997, um rol com mais de uma centena de atividades presumidamente poluidoras e, portanto, sujeitas ao licenciamento ambiental, tais como indústrias (metalúrgicas, mecânicas, químicas, de papel e celulose, de borracha, de couros e peles, de produtos alimentares, de bebidas, de fumo etc.), rodovias, ferrovias, hidrovias, barragens, diques, transposição de bacias hidrográficas, termoeletricas, estações de tratamento de água, tratamento de esgoto sanitário, recuperação de áreas contaminadas ou degradadas, marinas, portos, aeroportos, complexos turísticos e de lazer, parcelamento do solo, silvicultura, introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas, projetos de assentamento e colonização.

Trata-se, impõe-se advertir, de um rol meramente exemplificativo, visto que a hipótese geral de exigibilidade do licenciamento ambiental, constante do art. 10 da Lei 6.938/1981, comporta inúmeras outras atividades não previstas pelo CONAMA, na Resolução susomencionada.²² Isso porque, como bem ponderam Daniel Roberto Fink e André Camargo Horta de Macedo,

“prever antecipadamente um rol exaustivo de obras ou atividades que devam se sujeitar ao licenciamento ambiental é tarefa impossível e inútil. É preciso que o legislador estabeleça genericamente qual situação pretende protegida pela norma. E, nesse caso, o legislador constitucional o fez: obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa²³ degradação do meio ambiente.

Quando muito, pode o legislador – ou o poder regulamentar – indicar uma lista de situações específicas nas quais é recomendável o licenciamento. E foi exatamente o que fez o Conselho Nacional do Meio Ambiente por meio da Resolução CONAMA nº 237/97, de 19 de dezembro”.²⁴

²² A própria Resolução 237 prevê, expressamente, a possibilidade de complementação do rol constante do Anexo I: “Caberá ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a **complementação** do Anexo I, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade” (art. 2º, § 2º).

²³ O termo *significativa* aqui colocado está em desacordo com a sistemática do licenciamento ambiental, já que não apenas os empreendimentos causadores de impactos significativos devem passar por este procedimento mas todos aqueles que possam causar impacto ambiental – ainda que não significativo.

²⁴ *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*, p. 18.

Justamente por isso, não é incomum que o próprio CONAMA edite resoluções específicas para exigir o licenciamento ambiental de empreendimentos não mencionados na Resolução 237/1997, como o fez, v.g., com relação aos cemitérios (Resolução CONAMA 335/2003) e aos empreendimentos e atividades degradadores do patrimônio espeleológico ou de sua área de influência (Resolução CONAMA 347/2004).

Quadra frisar que o Estado de São Paulo seguiu o mesmo caminho da Resolução CONAMA 237/1997, ofertando uma lista de atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, no Decreto 8.468/1976, alterado pelo Decreto 47.397/2002 (art. 57, Anexos 9 e 10). E tal como na norma citada, esta listagem é meramente exemplificativa.

Nessa esteira, quaisquer outras atividades e empreendimentos que se apresentem potencialmente degradadores do meio ambiente, a critério do órgão ambiental licenciador (federal ou estadual), deverão se submeter ao procedimento de licenciamento ambiental.

Um último ponto da mais alta relevância sobre o rol fornecido pelo Anexo 1 da Resolução CONAMA 237/1997 diz respeito a sua obrigatoriedade. A Resolução não deixou suficientemente claro se a exigência do licenciamento ambiental, para as atividades listadas neste anexo, é ato vinculado do órgão ambiental, não cabendo, portanto, dispensa, ou se é ato discricionário, cabendo ao órgão averiguar, *in concreto*, a existência de potencial degradador para somente então exigir o licenciamento ambiental.

Embora não vejamos sentido no fornecimento de uma robusta lista de obras e atividades que “**podem estar**” ou “**podem não estar**” sujeitas ao licenciamento ambiental – afinal, uma lista que queira diminuir a discricionariedade do órgão ambiental e ao mesmo tempo informar plenamente o empreendedor sobre a sua sujeição ao licenciamento ambiental deve ter caráter obrigatório e vinculativo –, não podemos ignorar que o parágrafo 2º do artigo 2º da Resolução CONAMA 237/1997 dispõe que ao órgão ambiental caberá definir “os critérios de exigibilidade [...] do Anexo 1”.

Ora, o que são **critérios de exigibilidade** senão condições a serem preenchidas por um ou outro empreendimento para que ele seja submetido ao licenciamento ambiental? E o que significa a **definição de critérios de exigibilidade** senão o estabelecimento de requisitos objetivos para distinguir os empreendimentos arrolados no Anexo 1 que serão submetidos ao licenciamento ambiental dos empreendimentos constantes do mesmo rol que não o serão?²⁵

²⁵ Samanta Pineda, manifestando-se favoravelmente à exclusão de determinadas atividades de licenciamento ambiental, mesmo que listadas no Anexo 1 da Resolução CONAMA 237/1997, confirma sua tese com o exemplo dos projetos de reflorestamento, considerados atividades de silvicultura. Segundo ela, o termo *silvicultura* é genérico, permitindo o entendimento de que atividades de reflorestamento dependem de licenciamento ambiental. No entanto, usando da prerrogativa dada

Assim, querendo ou não, fato é que a Resolução CONAMA 237 não dotou o seu Anexo 1 de caráter vinculativo e peremptório, já que permite sejam excluídas do licenciamento ambiental as obras e atividades que não preencherem os critérios de exigibilidade estabelecidos pelo órgão ambiental. Este aspecto é que, provavelmente, tem levado alguns juristas, como Daniel Fink e André Camargo Horta de Macedo, a concluir que a Resolução 237 indica “uma lista de situações específicas nas quais é **recomendável** o licenciamento”.²⁶

Com efeito, a faculdade conferida ao órgão ambiental de definir de quais empreendimentos estampados no Anexo 1 será exigido o licenciamento até tem uma razão de ser: alguns dos empreendimentos ali citados podem ter um porte acanhado ou qualquer outra característica que lhes retire o potencial degradador (o que não significa dizer que não provocarão nenhuma alteração do ambiente – sobre a diferença entre impacto ambiental e alteração ambiental, reportamos ao tópico 2.2), de modo a se fazer prescindível o procedimento licenciatório. Ademais, como bem observa Franciso Thomaz van Acker, algumas das atividades aludidas no Anexo 1 estão descritas de forma muito vaga – como p. ex.: “obras de arte” e “criação de animais” –, de modo a reclamar providências normativas posteriores, no sentido de esclarecer quais as atividades que, de fato, estão abrangidas nestas indicações tão imprecisas.²⁷

pelo parágrafo 2º do artigo 2º da Resolução CONAMA 237/1997, o Ministério do Meio Ambiente editou a Instrução Normativa 08/2004, excluindo do licenciamento ambiental as atividades de reflorestamento, apesar de consistirem em práticas de silvicultura. “Ou seja, ao órgão ambiental competente cabe definir critérios, **inclusive de exigibilidade**, referente ao licenciamento da atividade de silvicultura. Foi exatamente o que fez o Ministério do Meio Ambiente em sua IN-08, dispensando de ‘projetos ou autorização’ os reflorestamentos implantados nas áreas previstas em seu artigo 1º [áreas de cultivo agrícola e pecuária, alteradas, subutilizadas ou abandonadas, localizadas fora das Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal]. [...] Desta forma, a mesma IN-08 define o critério de exigibilidade previsto no artigo 2º, parágrafo 2º da Resolução 237, afastando a interpretação subjetiva e generalizada do termo ‘silvicultura’ do anexo 1. Sendo assim, não é exigível o licenciamento para atividades de reflorestamento, salvo em condições específicas, como em áreas com conversão de florestas – neste caso também necessitando de projeto” (A desnecessidade de autorização para supressão de espécies exóticas e do licenciamento para reflorestamentos. *Ambiente Brasil*, em 28 de novembro de 2005: <<http://www.ambientebrasil.com.br/noticias/index.php3?action=ler&id=21881>>).

²⁶ Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações, p. 18.

²⁷ “O Anexo I da Resolução relaciona os empreendimentos e atividades sujeitas ao licenciamento. Várias dessas atividades são relacionadas com clareza, especialmente as relativas à mineração e à indústria, o que reflete a ênfase tradicional dada às indústrias como principal causa da poluição. Em contraposição, outras são muito imprecisas. Entre elas, por exemplo, ‘outras obras de arte’, parcelamento do solo e criação de animais. Por isso, o § 2º do art. 2º atribui competência ao órgão ambiental para definir critérios de exigibilidade dessas atividades, considerando suas características. Certamente, um galinheiro doméstico em região rural não será considerado ‘criação de animais’, embora o seja” (*Licenciamento ambiental*, p. 5. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/admarqs/Dr.VanAcker.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

Mas o princípio de que as normas jurídicas não devem conter palavras inúteis nos faz crer que o Anexo 1 deve e quer ter alguma efetividade no mundo jurídico. Por isso, somos da opinião que a Resolução CONAMA 237/1997 criou, sim, uma listagem de empreendimentos **obrigatoriamente** sujeitos ao licenciamento ambiental. Não fosse assim, não teria feito constar do parágrafo 1º do artigo 2º que “**estão** sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e atividades relacionados no Anexo 1...” – teria dito “poderão estar sujeitos ao licenciamento ambiental...”

A despeito da mencionada obrigatoriedade, porém, permite que algumas situações específicas sejam excepcionadas pelos órgãos ambientais, por conta do porte, dos riscos ambientais e de outras características relevantes da obra ou atividade, situações estas que não puderam e talvez nem pudessem ser previstas pela própria Resolução, quando de sua edição.

E, como a orientação do parágrafo 2º do artigo 2º é de que o órgão ambiental defina os critérios de exigibilidade do licenciamento dos empreendimentos mencionados no Anexo 1, pode-se afirmar que a exceção não será estabelecida caso a caso mas sim por meio de uma norma geral, com critérios de exigibilidade (ou não exigibilidade) objetivos, firmados em bases técnicas e fundamentadas. Não se deve admitir uma dispensa de licenciamento de forma casuística, sem arrimo em bases técnicas claras, predefinidas e plausíveis, ampliando sobremaneira a discricionariedade do órgão ambiental, pois isso seria fazer letra morta o Anexo 1 da Resolução 237.

Além disso, não é demais reforçar que a norma definidora dos critérios de exigibilidade não pode atentar contra a regra geral da exigibilidade do licenciamento ambiental constante do art. 10 da Lei 6.938/1981. Disso decorre que qualquer norma emanada do órgão ambiental que, com a desculpa de estar se valendo da prerrogativa firmada no parágrafo 2º do art. 2º da Resolução CONAMA 237/1997, ousar excluir do licenciamento ambiental obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental, será **ilegal**.

Em termos resumidos, o órgão ambiental poderá, por norma geral, instituir critérios de exigibilidade para o licenciamento ambiental dos empreendimentos listados no Anexo 1 da Resolução CONAMA 237/1997, inclusive eximindo deste procedimento os projetos sem impactos ambientais (na verdade, apenas estes). Caso, porém, não o faça, deverá exigir o licenciamento ambiental de todas as obras e atividades citadas na listagem em questão.

3.2.4 Licenças ambientais

O licenciamento ambiental é feito, via de regra, em fases, as quais culminam com a concessão de licenças ambientais específicas e distintas. Daí ser designado como o procedimento no qual são concedidas as licenças ambientais, entendendo-se a licença ambiental como o

“ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente *estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental* que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental” (art. 1º, inciso II, da Resolução CONAMA 237/97).²⁸

Normalmente, o licenciamento ambiental se desenvolve em três fases principais,²⁹ que culminam com a outorga de licenças ambientais com escopos diversos: a licença prévia (LP), a licença de instalação (LI) e a licença de operação (LO).

A definição de cada uma dessas licenças – e os respectivos papéis – consta do art. 8º da Resolução CONAMA 237/1997, a saber:

“Art. 8º O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I – **LICENÇA PRÉVIA (LP)** – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade *aprovar sua localização e concepção*, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II – **LICENÇA DE INSTALAÇÃO (LI)** – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III – **LICENÇA DE OPERAÇÃO (LO)** – 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 demais condicionantes determinados para a operação.”

²⁸ Para Marcelo Dawalibi, a licença ambiental é espécie do gênero licença. “A licença será ambiental se o conteúdo for o controle de atividades utilizadoras de recursos naturais ou potencialmente causadoras de degradação ambiental” (*Licença ou autorização ambiental?*, p. 180).

²⁹ Sem prejuízo desta visão, que divide o licenciamento em “grandes fases”, cumpre informar que a Resolução CONAMA 237/1997 o divide em etapas mais numerosas, quais sejam: (i) definição pelo órgão ambiental competente dos documentos, projetos e estudos ambientais necessários ao início do processo de licenciamento; (ii) requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais exigidos; (iii) análise pelo órgão ambiental dos documentos, projetos e estudos ambientais, realizando-se vistoria técnica, quando necessário; (iv) solicitação de esclarecimentos pelo órgão ambiental; (v) realização de audiência pública, quando couber; (vi) solicitação de esclarecimentos pelo órgão ambiental, em decorrência da audiência pública, se houver; (vii) emissão de parecer técnico (e jurídico, se necessário) conclusivo; e (viii) deferimento ou não do pedido de licença (art. 10).

A **Licença Prévia**, como se vê, não autoriza o início da implantação física da obra ou atividade, mas apenas manifesta a possibilidade de que ela venha a se desenvolver no local pretendido pelo empreendedor. Trata-se de uma fase importante porque permite verificar, logo de início, incompatibilidades insuperáveis entre o projeto e as restrições ambientais existentes. Sabe-se, p. ex., que determinados projetos podem ser implantados em um local mas não o podem em outro. Assim, talvez não haja óbices à instalação de uma indústria siderúrgica em um polo industrial mas haja óbices à instalação dessa mesma indústria numa área localizada a cinquenta metros de uma unidade de conservação de proteção integral. Visto isso de plano, na fase de concessão da licença prévia, esta será indeferida antes que o empreendedor invista mais recursos e tempo no aprofundamento do licenciamento ambiental.

A **Licença de Instalação**, essa sim, é que permite a implantação física do empreendimento, com o atendimento de todas as condicionantes impostas pelo órgão ambiental com o intuito de enquadrá-lo aos preceitos ambientais vigentes e, dessa forma, eliminar ou reduzir os impactos ambientais próprios da atividade.

Mas, mesmo depois de inteiramente implantada a estrutura física, o empreendedor não pode colocar a atividade em funcionamento, já que, para tanto, depende da **Licença de Operação**. Nesta fase, o órgão ambiental deve verificar se todas as condicionantes da Licença de Instalação foram obedecidas e se o projeto aprovado foi executado à risca. Como ensina Paulo Affonso Leme Machado, “a licença de operação só poderá ser concedida após a vistoria do órgão público ambiental, na qual se constate que a exigência das fases anteriores foram cumpridas”.³⁰ É certo, portanto, que apenas após a apuração da conformidade do empreendimento ao quanto exigido anteriormente pelo órgão licenciador é que este pode permitir o funcionamento, mediante a concessão da licença correspondente.

Veremos adiante que a Licença de Operação (assim como as demais licenças ambientais) é emitida com prazo de validade, para que seja renovada de tempos em tempos, durante toda a vida útil do empreendimento. Mas a renovação não chega a constituir uma etapa do licenciamento, mas sim uma condição de manutenção da atividade.

Embora mais comum seja a emissão isolada e sucessiva das licenças ambientais prévia, de instalação e de operação, é possível que norma específica estabeleça a emissão conjunta de duas delas ou mesmo a supressão de uma delas. Exemplo de licenciamento ambiental com emissão conjunta de licenças: licenciamento de projetos de assentamentos de reforma agrária, regulado pela Resolução CONAMA 289/2001, que prevê a emissão da Licença Prévia de Assentamento e da Licença de Instalação e Operação (LIO). Exemplo de licenciamento ambiental com supressão de outras licenças: licenciamento simplificado de Sistemas de Es-

³⁰ *Direito ambiental brasileiro*, p. 283.

gotamento Sanitário, disciplinado pela Resolução CONAMA 377/2006, que aglutina todas as licenças ambientais em uma única, a Licença Ambiental Única de Instalação e Operação (LIO).

3.2.5 Prazo de validade das licenças ambientais

As licenças ambientais não subsistem *ad eternum*. Todas elas – LP, LI e LO – têm prazo de validade estabelecido na legislação correspondente. O intuito é evitar que se perpetuem situações que à época da concessão ambiental são adequadas mas que, alguns anos e novos conhecimentos depois, afiguram-se ambientalmente defasadas, de modo a merecer atualização ou, simplesmente, não execução.

Partindo da premissa de que a licença condiciona o direito individual de exercer atividade à observância do direito coletivo de proteção à saúde e ao meio ambiente equilibrado, Francisco Thomaz van Acker leciona que “de tempos em tempos é necessário rever essa equação, eis que, de um lado, as inovações tecnológicas possibilitam controle mais efetivo do que os exigidos ao tempo da outorga da licença e, de outro lado, a alteração das condições do entorno da atividade e da capacidade de suporte do meio, podem exigir maior rigor no controle”.³¹

Para o licenciamento ambiental que se desenvolve sob o manto da Resolução CONAMA 237/1997, valem os seguintes prazos:

“Art. 18. O órgão ambiental competente estabelecerá os prazos de validade de cada tipo de licença, especificando-os no respectivo documento, levando em consideração os seguintes aspectos:

I – o prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 anos;

II – o prazo de validade da Licença de Instalação (LI) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 anos;

III – o prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 anos e, no máximo, 10 anos.

§ 1º A Licença Prévia (LP) e a Licença de Instalação (LI) poderão ter os prazos de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos nos incisos I e II.

§ 2º O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de validade específicos para a Licença de Operação (LO) de empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores.

§ 3º Na renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após avaliação do desempenho ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior, respeitados os limites estabelecidos no inciso III.”

Nota-se que a Resolução optou por indicar o prazo máximo de vigência de cada licença (apenas quanto à LO houve por bem indicar também o prazo mínimo), deixando ao órgão ambiental licenciador a decisão sobre o prazo específico, com base nos aspectos concretos do empreendimento licenciado.

A existência de prazo na Licença Prévia e na Licença de Instalação impõe para o empreendedor o ônus de atender todas as exigências e condicionantes estabelecidas pelo órgão ambiental no lapso temporal informado, sob pena de ele ficar impedido de seguir para a fase posterior e, conseqüentemente, de concluir o licenciamento. Aliás, esta é a única “sanção” que lhe será imposta: impedimento de instalar ou de operar o empreendimento, o que nos permite entender que o atendimento das condicionantes, nestas duas fases, é mais um ônus do que um dever. Se não cumpri-las, não será punido (já que não infringiu nenhuma norma jurídica) mas também não terá o seu pleito atendido (já que não observou os requisitos para tanto).

Uma vez atendidas as condicionantes da LP e da LI, tais fases restarão superadas e não haverá mais que se retornar a elas, tampouco que se renovem tais licenças.

Já a existência de prazo na Licença de Operação libera, por um lado, o funcionamento da atividade por um determinado período e condiciona, por outro lado, a sua manutenção à comprovação de que o empreendimento continua cumprindo as condicionantes impostas para a sua operação. Trata-se, aqui também, de um ônus e não um dever: se não o fizer, será impedido de prosseguir com a operação, mas não será punido – salvo se prosseguir com a operação com a licença expirada e não renovada.

O pedido de renovação da Licença de Operação deve ser apresentado até 120 (cento e vinte) dias antes de seu termo final, para que haja tempo hábil de o órgão ambiental analisá-lo com toda diligência. Caso, porém, o órgão ambiental não consiga decidir sobre a renovação até a data de sua expiração, a LO será prorrogada automaticamente até manifestação do licenciador, deferindo ou indeferindo a renovação. Nestes termos, o § 4º do art. 18 da Resolução CONAMA 237/1997:

“Art. 18, § 4º A renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento deverá ser requerida com antecedência mínima de

³¹ Licenciamento ambiental, p. 8. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/ad-marqs/Dr.VanAcker.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.”³²

Não se deve enxergar nas licenças ambientais com prazo de validade um indicativo de instabilidade. Aliás, apesar deste prazo, as licenças não são instáveis, pois não serão suspensas “por simples discricionariedade, muito menos por arbitrariedade do administrador público”.³³ Quando muito serão suspensas, canceladas ou modificadas diante de interesse público que não possa ser satisfeito por outro modo – é o que exporemos no tópico seguinte. Por isso, há quem diga, com acerto, que o prazo de validade das licenças traz vantagens para a Administração Pública mas também para o próprio empreendedor:

“Tanto o requerente da autorização como a Administração Pública têm vantagem na existência de prazo de validade para a autorização. Quem exerce uma atividade fica ciente de que as regras de funcionamento não poderão ser mudadas – a não ser por motivo grave – no espaço temporal da autorização. O órgão público ambiental por sua vez não fica manietado eternamente a condições de funcionamento de uma atividade que tenha se revelado danosa ao ambiente e que haja possibilidade de correção no momento da nova autorização. Evita-se a tentação de corrupção por parte do órgão público e de outro lado, dá-se condição às empresas de poderem programar, sem sobressaltos, seus investimentos em matéria de controle ambiental.”³⁴

3.2.6 Modificação, suspensão e cancelamento das licenças ambientais

Diante da previsão legal de que as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras podem ser “revisadas”³⁵ (art. 9º, inc. IV, da Lei 6.938/1981), há que se

³² Edis Milaré observa que “não foi estabelecido limite temporal à prorrogação automática prevista no § 4º, por reconhecer o legislador não ser justo que o empreendedor diligente, que cumpre com suas obrigações e atua em conformidade com a legislação ambiental, seja penalizado com a morosidade da administração pública. Excepcionalmente, caso nesse período a atividade venha a tornar-se contrária ao interesse público, ou passe a ser exercida em contrariedade às normas aplicáveis, a correspondente licença poderá e deverá ser alterada ou retirada, em ato expresso” (*Direito do ambiente*, p. 550).

³³ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, p. 486.

³⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Ob. cit., p. 280-281.

³⁵ A revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 9º, inc. IV, da Lei 6.938/1981. Não há que se confundir a revisão de empreendimentos com a renovação das licenças ambientais a eles outorgadas. Como leciona Talden Farias, “falar em revisão do licenciamento ambiental implica adequar, anular, cassar, revogar ou suspender a licença ambiental concedida em pleno prazo de validade. Por outro

concluir que, apesar de estáveis, as licenças ambientais podem ser modificadas, suspensas ou extintas – naturalmente, não ao bel-prazer do órgão ambiental, mas sempre com fundamento em interesse público.

Prevedo expressamente tais possibilidades, a Resolução CONAMA 237/1997 encerra:

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

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

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

III – Superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.”

O art. 19 fala em “modificação das condicionantes e das medidas de controle e adequação”, “suspensão” e “cancelamento” da licença expedida. Caberia ter falado também em “invalidação”, que significa a retirada da licença em razão de uma constatação posterior de que o ato “fora praticado em desconformidade com a ordem jurídica”,³⁶ em “caducidade”, que consiste na retirada da licença motivada pela superveniência de nova legislação, incompatível com a licença outrora outorgada e que, por isso mesmo, “impede a permanência da situação anteriormente consentida”,³⁷ e em “revogação”, assim entendida a retirada da licença por questões de interesse público. O silêncio do dispositivo em comento, porém, por óbvio não afasta tais medidas, já que elas são próprias do regime jurídico dos atos administrativos.

A modificação das condicionantes da licença enseja a manutenção da atividade porém com novas regras,³⁸ a suspensão impõe o impedimento temporário de manutenção da atividade até a regularização da situação³⁹ (e, se a regularização não ocorrer, a suspensão se tornará cancelamento), e o cancelamento implica o impedimento definitivo.

lado, falar em renovar implica em requerer uma nova licença ambiental ao órgão administrativo de meio ambiente, tendo em vista que o prazo da licença vigente está perto de se esgotar” (*Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*, p. 206).

³⁶ Idem, ibidem, mesma página.

³⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 103.

³⁸ Nos dizeres de Edis Milaré, a “modificação tem o sentido de ação de dar nova configuração ou nova ordem ao que existia anteriormente. Não implica, a bem ver, a nulidade do ato mas um acertamento das condicionantes e das medidas de controle e adequação, de modo a conjurar ou minimizar os riscos de danos ambientais” (*Direito do ambiente*, p. 551).

³⁹ Segundo Edis Milaré, “suspender a licença é sustá-la ou a sobrestar até que a obra ou atividade esteja adequada aos requerimentos ambientais exigidos” (Ibidem, mesma página).

Autorizam a alteração do *status quo* da licença, nos termos informados no parágrafo anterior, as ocorrências previstas no art. 19 da Resolução CONAMA 237/1997, mais uma vez mencionadas: (i) violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais, vale dizer, o desrespeito, pelo empreendedor, das exigências tecidas pela lei e pelo órgão licenciador com vistas à eliminação e à mitigação dos impactos da atividade, como, p. ex., a emissão de gases ou energia **acima** dos limites estabelecidos na lei ou na licença, ou, ainda, a verificação posterior de que uma das condicionantes impostas é insuficiente para controle dos impactos ambientais negativos; (ii) omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença, o que significa que o empreendedor dissimulou a realidade, escondendo ou diminuindo a importância dos impactos negativos do projeto, visando (e conseguindo) ludibriar o órgão ambiental para assim obter as licenças desejadas – daí decorre que informações falsas que não tenham interferido na decisão do órgão ambiental e que não gerem nenhuma repercussão não ensejarão a retirada da licença; e (iii) superveniência de graves riscos ambientais e de saúde, ou seja, descoberta de que, mesmo cumprindo a lei e as condicionantes impostas pelo órgão licenciador, a atividade tem o poder de afetar o meio ambiente e a saúde da coletividade, de forma grave e intolerável.

Esta última hipótese – superveniência de graves riscos ambientais e à saúde – assim como a hipótese de inadequação de condicionantes impostas nas licenças ambientais (art. 19, inc. I) e, por fim, a hipótese de modificação ulterior da lei (não prevista expressamente no art. 19) é que fazem a doutrina afirmar que a licença ambiental tem a natureza de uma cláusula *rebus sic stantibus* (“*estando as coisas assim*”), que assim se traduz: a licença será mantida enquanto permanecer inalterados os fatos e as normas que justificaram a sua concessão. Nesse sentido, Edis Milaré,⁴⁰ Ricardo Marcondes Martins⁴¹ e Daniel Fink e André Camargo Horta de Macedo, estes últimos ponderando que:

“enquanto as condições fixadas pela licença ambiental atenderem ao fim maior que é a preservação do meio ambiente saudável, será mantida; caso deixe de atendê-lo, a licença *deverá* ser revista. Infere-se, portanto, que a licença ambiental é dotada, implicitamente, de uma verdadeira cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, se as condições originais que deram ensejo à concessão da licença mudarem, esta também pode ser alterada ou até retirada”.⁴²

Ainda sobre a natureza *rebus sic stantibus* da licença ambiental, Ricardo Marcondes Martins acentua que esta é a natureza do próprio direito, não da licença:

⁴⁰ Ob. cit., p. 551.

⁴¹ *Regime jurídico da licença ambiental*, p. 202-203

⁴² *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*, p. 17.

“Não é a licença que é *rebus sic stantibus* mas o próprio direito subjetivo. O ordenamento jurídico autoriza a exploração de uma dada atividade econômica se e enquanto não causar poluição acima de um nível proibido. Esse nível não é estanque, depende da legislação vigente: o meio ambiente é dinâmico, a legislação ambiental é constantemente modificada em face da alteração das circunstâncias fáticas. Perceba-se: o direito à exploração da atividade econômica é cambiante, depende da legislação em vigor e é alterado constantemente por ela, isso porque o sistema não permite a exploração da atividade econômica, mas, sim, a exploração da atividade que ‘não cause poluição ambiental proibida’.

[...]

Assim, se a atividade não for significativamente poluidora na data de expedição da licença, mas pouco depois, tornar-se significativamente poluidora em face da alteração das circunstâncias fáticas ou da própria legislação, passará a ser proibida pelo ordenamento.”⁴³

Associando as medidas aplicáveis às faltas cometidas, colocamos que, em nosso sentir:

- (i) a **modificação** das condicionantes da licença só terá lugar diante da ocorrência prevista no inciso III do art. 19 em comento, *i.e.*, descoberta superveniente de graves riscos ao ambiente e à saúde da coletividade, ou em uma das duas situações previstas no inciso I do mesmo dispositivo legal, qual seja, inadequação de condicionante fixada pelo órgão ambiental quando da concessão da licença ou, ainda, em face de novas exigências legais (esta última hipótese, não prevista no art. 19, em exame).⁴⁴ Casos tais exigirão uma mudança no processo produtivo – isso quando não for o caso de exigir as medidas mais drásticas de suspensão ou cancelamento – para adequação do empreendimento às reais necessidades do ambiente. As outras hipóteses listadas no artigo 19 são incompatíveis com a simples modificação da licença, dado que o perigo decorrente da omissão ou prestação de informa-

⁴³ *Regime jurídico da licença ambiental*, p. 203.

⁴⁴ Há quem afirme que a licença não poderá ser modificada durante o seu prazo de validade por superveniência de nova lei, mais restritiva. Paulo de Bessa Antunes é um dos defensores deste ponto de vista: “enquanto uma licença for vigente, a eventual modificação de padrões ambientais não pode ser obrigatória para aquele que esteja regularmente licenciado segundo os padrões vigentes à época da concessão da licença. O Poder Público, entretanto, poderá negociar com o empreendedor a adoção voluntária de novos parâmetros de proteção ambiental. Uma vez encerrado o prazo de validade de uma licença ambiental, os novos padrões são imediatamente exigíveis” (*Direito ambiental*, p. 131). Considerando, porém, que a superveniência de lei nova faz a licença outrora concedida caducar, como veremos mais adiante, ainda neste capítulo, parece-nos que a modificação da licença acaba sendo até mais valiosa para o empreendedor do que a sua retirada imediata.

ções falsas ou da violação de condicionantes não fica afastado com a simples alteração da licença. Reclamam, a toda evidência, o rigor da suspensão ou do cancelamento;

- (ii) a **suspensão** da licença poderá ser aplicada nas seguintes hipóteses arroladas no art. 19: quando o empreendedor violar condicionantes ou normas legais, quando se verificar que as condicionantes estabelecidas são inadequadas e quando se descobrir o grave risco da atividade em execução, passível de eliminação mediante instalação de equipamentos ou adoção de procedimentos, pois somente em tais casos soa razoável que o empreendedor tenha um prazo para corrigir o problema, se se tratar de problema sanável.⁴⁵ Nos casos em que a licença foi emitida com base em descrições incorretas ou por falta de informações relevantes, o vício do ato é de tal magnitude que não há que se falar em mera suspensão mas sim em cancelamento;
- (iii) o **cancelamento** terá cabimento em todas as hipóteses previstas no art. 19, ante a constatação de que o risco (descoberto supervenientemente) ou a falta cometida pelo empreendedor (violação das condicionantes ou normas legais) não comportam conserto.⁴⁶

Sobre o cancelamento, cumpre observar que teria sido mais técnico o emprego dos termos *cassação*, *invalidação*, *caducidade* e *revogação*, já que todos eles significam a retirada definitiva do ato de licença, embora com diferentes fundamentos. O legislador, porém, preferiu reunir todas as hipóteses de supressão da licença sob o termo *cancelamento*.

De qualquer forma, cabe tecer alguns comentários sobre cada uma dessas medidas.

A *cassação* é definida pela melhor doutrina como a retirada do ato motivada pelo descumprimento “das condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica”.⁴⁷ Se o empreendedor está obrigado a atender as condicionantes e as normas legais, durante todo o tempo de implantação⁴⁸ e operação do empreendimento, caso venha a descumpri-las, ficará sujeito à cassação da licença.

⁴⁵ Edis Milaré entende que a suspensão da licença é cabível apenas em caso de omissão de informações relevantes durante o processo licenciatório e superveniência de graves riscos para o ambiente e saúde, “superáveis mediante a adoção de medidas de controle e adequação” (Ob. cit., p. 552).

⁴⁶ Essa, *grosso modo*, a diferença entre a suspensão e a retirada definitiva, segundo aponta Talden Farias: “a diferença entre a suspensão e a retirada definitiva da licença ambiental é o grau de irregularidade. Enquanto na suspensão a adequação ambiental é fácil e possível, na retirada definitiva a correção ambiental é mais difícil e por vezes impossível” (Ibidem, p. 213).

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 437.

⁴⁸ Devemos abrir um parêntese para esclarecer que o descumprimento das condicionantes da Licença de Instalação nem sempre redundará na cassação da licença. Se se tratar de execução de obra ou atividade (ou parte da obra ou atividade) com infringência do quanto determinado na norma ou na LI, com riscos ao meio ambiente e sem possibilidade de regularização, será caso de

A *invalidação*, sempre fundamentada na ilegalidade do ato, opera-se quando a licença houver sido concedida com base em informações e dados inverídicos, sem os quais o ato não teria sido proferido, eivando-o, por essa razão, de vício de legalidade, de desconformidade com o ordenamento jurídico.⁴⁹

Ainda que impere na doutrina administrativista o entendimento de que os atos invalidáveis maculados por vícios **sanáveis** devem, obrigatoriamente, ser convalidados, desde que não causem danos ao interesse público ou a terceiros,⁵⁰ os atos com vícios **insanáveis**, como são os atos produzidos com dolo ou má-fé, não podem ser convalidados,⁵¹ de sorte que a solução única para as licenças ambientais outorgadas nas condições citadas é a sua invalidação – salvo se transcorrido o prazo decadencial,⁵² impeditivo da invalidação⁵³ (o que, porém, tecnicamente não significa convalidação, embora tenha o mesmo efeito).

cassação; se, porém, se tratar de não execução de uma condicionante ou de algo exigido pela lei, sem lesão ao meio ambiente, não necessariamente será caso de cassação, mas de postergação da LO. Ou seja, a LI até poderá ser mantida, no entanto, a não correção das faltas cometidas impedirá a concessão da LO.

⁴⁹ Na verdade, a licença será invalidada sempre que emitida com algum vício, seja de forma, seja de motivo, seja de competência. No texto, porém, restringimo-nos a comentar a hipótese sujeita a invalidação expressamente prevista no art. 19 da Resolução CONAMA 237/1997.

⁵⁰ Reza o art. 55 da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.” A lição de Mônica Martins Toscano Simões, inspirada por Weida Zancaner e Celso Antonio Bandeira de Mello, é pela obrigatoriedade da convalidação, conforme esclarece: “no caso concreto, constatando o agente público que o ato viciado comporta defeito sanável e que da sua convalidação não resultará qualquer lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros, esta será, sim, obrigatória, por indiscutível exigência do princípio da segurança jurídica. Portanto, via de regra, a convalidação é dever jurídico” (*O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, p. 139).

⁵¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, p. 254.

⁵² O art. 54 da Lei 9.784/1999 dispõe que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Mônica Martins Toscano Simões, ao interpretar o dispositivo, destaca que a ressalva feita à decadência do direito de invalidar os atos praticados de má-fé não quer dizer que estes não têm prazo para ser invalidados, mas que o prazo para a sua invalidação não é de cinco anos, seguindo a regra geral do maior prazo do Código Civil, de dez anos: “É bem de ver que a lei, no dispositivo em comento, ressalva a aplicação do prazo quinquenal nos casos em que reste comprovada a má-fé. Mas nem por isso é lícito concluir que nessas situações a anulação poderá ocorrer a qualquer tempo, na medida em que a ausência de prazo para que a administração anule atos inválidos acarreta indiscutível ofensa ao princípio da segurança jurídica. É, pois, absolutamente necessária a fixação de prazo para o exercício da pretensão invalidatória, mesmo nos casos de comprovada má-fé. Diante do silêncio do legislador, deve-se tomar como parâmetro o prazo prescricional mais longo previsto no Código Civil Brasileiro – qual seja, o de 10 anos” (Ob. cit., p. 128-129).

⁵³ A explicação dada pela doutrina para o impedimento da invalidação dos atos viciados após a transcorrência de certo lapso temporal é a necessidade de se oferecer segurança jurídica aos administrados. Hely Lopes Meirelles professa que “a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou

Dessa forma, o dolo e/ou má-fé do empreendedor quando do fornecimento de informações inverídicas com o fito de obter as licenças ambientais não abre espaço nem para a sua modificação, nem para a sua suspensão para fins de regularização. Se o empreendedor desejar seguir adiante com sua atividade, deverá iniciar novamente o procedimento licenciatório – dessa vez, fornecendo dados e informações verdadeiros.

A *caducidade* ocorre quando a lei nova modifica a situação jurídica do empreendimento regularmente licenciado: se antes ele era permitido, passa agora a ser proibido.⁵⁴

É consenso que as leis ambientais podem, senão devem, tornar-se mais rigorosas ao longo do tempo, seja em função de novos conhecimentos sobre os impactos negativos de certas atividades, seja em decorrência de novos conhecimentos sobre as formas de eliminação e redução dos impactos negativos dos empreendimentos em geral. Esses novos conhecimentos ora reclamarão a proibição de atividades e empreendimentos, ora exigirão regras mais rígidas para seu funcionamento. Se a lei nova, editada para atender tais exigências, for incompatível com a licença outorgada sob a lei anterior, esta sofrerá a retirada por caducidade. Defendemos, porém, que pelo fato da supressão da licença ser uma medida drástica, sempre caberá ao órgão ambiental verificar a possibilidade de modificação das condicionantes da licença, antes de extingui-la.

Frise-se, por necessário, que é comum que a lei nova estabeleça um prazo de adequação para o empreendimento licenciado e implantado sob a lei antiga – que pode, por certo, até mesmo coincidir com o prazo da licença.

A *revogação* é entendida como a retirada do ato que se torna inadequado ao interesse público⁵⁵ – o que se ajusta perfeitamente à hipótese prevista no inciso

entre esta e seus servidores é também *interesse público*, tão relevante quanto os demais. Diante disso impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas pois, se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 201). No mesmo sentido: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 117-118 e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 236 (a autora fala em preclusão administrativa). No entanto, ainda que se dê a decadência/prescrição obstaculizadora da invalidação da licença ambiental, esta poderá ter suas condicionantes modificadas para adequar a atividade aos padrões ambientais vigentes e poderá ser suspensa ou cassada caso o empreendimento venha a representar graves riscos à saúde e ao meio ambiente, nos termos do art. 19 da Resolução CONAMA 237/1997.

⁵⁴ Para Lúcia Valle Figueiredo, a caducidade não tem esse sentido, mas sim o de “extinção natural”, pelo decurso de prazo (ob. cit., p. 223). De fato, as licenças ambientais têm prazo de validade e, transcorrido este, elas deixam de produzir efeitos – ou, nas palavras da mestra, caducam. Contudo, como grande parte da doutrina associa a caducidade à retirada do ato pelos motivos acima expostos, optamos por empregar o termo com esta conotação.

⁵⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello explica que a revogação “tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atende ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória

III do artigo 19 da Resolução CONAMA 237/1997, qual seja, superveniência de graves riscos ambientais e à saúde.

A grande celeuma que paira sobre a revogação das licenças ambientais diz respeito ao “dogma” de que apenas atos emitidos de forma discricionária podem ser revogados pela Administração.

Como veremos no tópico 3.4, a licença ambiental ora é ato vinculado, ora é ato discricionário. Com relação às licenças emitidas sob o juízo discricionário do órgão ambiental, sua revogação posterior não sofre condenação doutrinária, haja vista que a revogação é própria de atos discricionários. Mas, com relação às licenças emitidas de forma vinculada, a aceitação de sua revogação é menos tranquila.

É preciso destacar que, por mais que o regime jurídico do licenciamento ambiental e das licenças ambientais tenha se inspirado no Direito Administrativo, ele tem características próprias – como todos os demais institutos do Direito Ambiental – ditadas pela principiologia e particularidades deste outro ramo do Direito.

Em nossa visão, a licença ambiental, seja emitida de forma vinculada, seja de forma discricionária, não tem o atributo da precariedade e não pode ser retirada pela Administração Pública sem que haja motivos relevantes, pautados no interesse público, que realmente exijam tão dura medida (por isso não chamamos de *autorização* as licenças ambientais emitidas de forma discricionária).

Por outro lado, como já adiantado nesse mesmo tópico, as licenças ambientais têm a natureza *rebus sic stantibus*, o que justamente lhes confere uma certa flexibilidade, seja para sua modificação, seja para sua revogação, frente ao advento de uma nova situação fática ou de um novo conhecimento sobre a situação fática da época da concessão da licença. É exatamente essa sua natureza que a faz compatível com a revogação.

Pois bem, assumindo que as licenças ambientais podem ser revogadas, vale firmar que o órgão ambiental somente deverá fazê-lo quando se configurar um interesse público clamando pelo fim da atividade licenciada – e isso se aplica tanto às licenças emitidas de forma discricionária como às licenças emitidas de forma vinculada.

Como assevera Lúcia Valle Figueiredo, o interesse público que autoriza a revogação “não pode ser visto de maneira abstrata e vaga. Na verdade, todo o ordenamento visa a satisfação de interesses públicos. Mas o de que se deve cogitar é de interesse concreto, atual”.⁵⁶

Quer nos parecer que há, sim, interesse público concreto e atual no afastamento de graves riscos ambientais e à saúde, derivados de empreendimen-

às conveniências administrativas” (Ibidem, mesma página). A revogação de licença ambiental, porém, só está autorizada quando houver graves riscos à saúde pública e ao meio ambiente. Ou seja, não cabe a análise de qualquer inconveniência ou inoportunidade da licença que não seja a grave ameaça à saúde e ao ambiente.

⁵⁶ Ob. cit., p. 248.

to regularmente licenciado, cuja constatação só foi possível após a implantação e/ou operação da atividade.⁵⁷ De toda forma, vale aqui o mesmo comentário feito sobre a retirada da licença por caducidade: sendo possível a modificação das condicionantes da licença para a manutenção da atividade, deve o órgão ambiental promovê-las antes de suprimir o ato.

Não se deve associar a revogação à desconformidade legal do ato. Pelo contrário, a revogação pressupõe a legalidade do ato revogado – até porque, se ilegal fosse, caberia cassação ou invalidação, mas não revogação. Daí a conclusão acertada de Lúcia Valle Figueiredo:

“Impende enfatizar que todas as vezes que falamos de revogação pensamos em ato anteriormente válido, nascido sem vício para o ordenamento, com ele convivendo até certo momento, para, depois, tornar-se indesejável, ao surgir novo interesse público.”⁵⁸

Por fim, é de se notar que a possibilidade de modificação, suspensão ou cancelamento (ou cassação ou invalidação ou caducidade ou revogação) da licença durante a sua vigência atende, concomitantemente, aos interesses da coletividade e, ainda que em menor grau, do empreendedor.

Da coletividade, porque deixa claro e inquestionável que a licença, mesmo dentro de seu prazo de validade, pode deixar de surtir seus efeitos se o empreendedor desrespeitar os comandos legais, as exigências do órgão ambiental ou se simplesmente a atividade se afigurar gravemente perigosa para o meio ambiente e para a saúde pública. Ou seja, diante de uma situação ameaçadora ao meio ambiente e à saúde, a atividade poderá, senão deverá, ser interrompida a qualquer tempo.

Do empreendedor, porque assegura que a licença não será alterada, suspensa, cancelada (cassada, invalidada, retirada por caducidade ou revogada) se ele não fraudar o licenciamento e, licenciamento regular feito, permanecer cumprindo as exigências legais e as condicionantes da licença – o que equivale a dizer que a atividade só será interrompida se ele, empreendedor, faltar com as suas obrigações

⁵⁷ Não é preciso que o risco decorra de um fato novo para justificar a revogação. Às vezes o risco até já existia quando da concessão da licença, mas não pôde ser detectado. Sobre os atos revogáveis, Daniele Coutinho Talamini ensina: “Importa considerar se há ou não a necessidade de extingui-los. E a alteração das condições fáticas pode, em determinados casos, ser determinante para definir a eliminação de efeitos inconvenientes ou inoportunos. Em outros casos – de menor frequência talvez – haverá necessidade de se eliminar os efeitos do ato mesmo não tendo ocorrido fato novo. [...] O que importa verificar, portanto, não é a necessidade de superveniência de fato como pressuposto à revogação do ato administrativo. Importante é detectar a real necessidade de extinguir os efeitos advindos do ato ainda que não tenha havido alteração dos fatos ocorridos quando da sua prática. O que se exige para revogar é uma alteração substancial do interesse público e não dos fatos ou da apreciação que se faz deles” (*Revogação do ato administrativo*, p. 129-131).

⁵⁸ Ob. cit., p. 251.

– ou se a atividade desenvolvida não se tornar ou se revelar gravemente perigosa para a coletividade (esta última hipótese, admita-se, não está inteiramente sob o controle do empreendedor pois o perigo em questão pode decorrer de falta de tecnologia disponível e não de falta de empenho e investimento).

3.3 Avaliação de impactos ambientais

É certo que o licenciamento ambiental não poderia cumprir seu papel de prevenção e mitigação de danos se não fosse a avaliação de impactos ambientais.⁵⁹

O órgão ambiental licenciador só terá condições de aprovar ou desaprovar um empreendimento ou de impor medidas mitigadoras ou eliminadoras de impactos se conhecer muito bem o projeto que se pretende implantar – estamos falando de sua localização, das características do entorno, do tipo de atividade, dos resíduos a serem gerados, da poluição atmosférica, hídrica, sonora, visual, eletromagnética etc. a ser produzida, da necessidade de desmatamento, dentre outros aspectos relevantes.

Grande parte desse conhecimento sobre o empreendimento o órgão ambiental encontrará na avaliação de impactos ambientais. Daí por que a avaliação de impactos ambientais é o instrumento de informação e de subsídio para o órgão ambiental, podendo ser definida como o processo que permite ao órgão ambiental conhecer e ponderar sobre os efeitos de uma dada intervenção humana no equilíbrio ambiental – e não estamos aludindo apenas a obras e atividades, mas também, como adverte Antonio Inagê de Assis Oliveira,⁶⁰ a planos, programas, políticas etc.

Este, inclusive é o entendimento doutrinário, como se vê pela lição de Ramón Martín Mateo que, citando Lee, define a avaliação de impacto ambiental como

“un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación”.⁶¹

⁵⁹ A avaliação de impactos ambientais, como não poderia deixar de ser, tem também, como o licenciamento ambiental, o caráter preventivo de danos. Ramón Martín Mateo, a respeito, destaca a ênfase preventiva da avaliação e dos estudos ambientais dado que, “en línea con la estrategia más fiable para la protección ambiental, se trata de identificar los elementos de riesgo para eliminarlos, paliar sua incidencia, o en su caso aconsejar el desistimiento de la acción” (*Tratado de derecho ambiental*, vol. I, p. 303).

⁶⁰ *O licenciamento ambiental*, p. 144.

⁶¹ *Tratado de derecho ambiental*, vol. I, p. 301-302.

Igual visão ostenta Luís Filipe Colaço Antunes, que apregoa ter a avaliação de impactos ambientais o escopo declarado de “introduzir, na preparação das decisões, uma apreciação dos efeitos sobre o ambiente”.⁶²

É adequado dizer, portanto, que a avaliação de impactos ambientais “objetiva, essencialmente, fundamentar e otimizar processos decisórios envolvendo atividades transformadoras, antrópicas ou não”,⁶³ sendo que “as decisões envolvidas estarão orientadas para o desenvolvimento de planos capazes de otimizar o desempenho ambiental dessas atividades, minimizando adversidades e maximizando os benefícios delas decorrentes”.⁶⁴

O legislador brasileiro inspirou-se no direito americano para criar a avaliação de impactos ambientais, mais precisamente no *National Environmental Policy Act of 1969*, em vigor a partir de 1^ª de janeiro de 1970.⁶⁵

⁶² Ob. cit., p. 590.

⁶³ MACEDO, Ricardo Kohn de. *Equívocos e propostas para a avaliação ambiental*, p. 30.

⁶⁴ Idem, ibidem, mesma página.

⁶⁵ Sec. 102 [42 USC § 4332]: “The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this Act, and (2) all agencies of the Federal Government shall – (A) utilize a systematic, interdisciplinary approach which will insure the integrated use of the natural and social sciences and the environmental design arts in planning and in decisionmaking which may have an impact on man’s environment; (B) identify and develop methods and procedures, in consultation with the Council on Environmental Quality established by title II of this Act, which will insure that presently unquantified environmental amenities and values may be given appropriate consideration in decisionmaking along with economic and technical considerations; (C) include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on – (i) the environmental impact of the proposed action, (ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented, (iii) alternatives to the proposed action, (iv) the relationship between local short-term uses of man’s environment and the maintenance and enhancement of long-term productivity, and (v) any irreversible and irretrievable commitments of resources which would be involved in the proposed action should it be implemented. Prior to making any detailed statement, the responsible Federal official shall consult with and obtain the comments of any Federal agency which has jurisdiction by law or special expertise with respect to any environmental impact involved. Copies of such statement and the comments and views of the appropriate Federal, State, and local agencies, which are authorized to develop and enforce environmental standards, shall be made available to the President, the Council on Environmental Quality and to the public as provided by section 552 of title 5, United States Code, and shall accompany the proposal through the existing agency review processes; (D) Any detailed statement required under subparagraph (C) after January 1, 1970, for any major Federal action funded under a program of grants to States shall not be deemed to be legally insufficient solely by reason of having been prepared by a State agency or official, if: (i) the State agency or official has statewide jurisdiction and has the responsibility for such action, (ii) the responsible Federal official furnishes guidance and participates in such preparation, (iii) the responsible Federal official independently evaluates such statement prior to its approval and adoption, and (iv) after January 1, 1976, the responsible Federal official provides early notification to, and solicits the views

E hoje, tal qual o licenciamento ambiental, a avaliação de impactos ambientais é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 9^º, inc. III da, Lei 6.938/1981:

“São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente;

[...]

III – a avaliação de impactos ambientais.”

Antes mesmo de ser erigida a instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, a avaliação de impactos ambientais já figurava – de forma tímida, é verdade – em uma outra lei, a Lei 6.803/1980, que institui as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição.

Determina esta lei que o Poder Público, antes de estabelecer as zonas industriais (zona estritamente industrial, zona predominantemente industrial e zona de uso diversificado), proceda à avaliação de impactos ambientais para verificar a adequação da medida:

“Art. 10, § 3^º Além dos estudos normalmente exigíveis para o estabelecimento de zoneamento urbano, a aprovação das zonas a que se refere o parágrafo anterior, será precedida de estudos especiais de alternativas e de avaliações de impacto, que permitam estabelecer a confiabilidade da solução a ser adotada.”

A Resolução CONAMA 01/1986 aprimorou o regime legal da avaliação de impactos ambientais ao regular um dos estudos mais importantes para tanto – o chamado Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (que hoje a Constituição designa Estudo Prévio de Impacto Am-

of, any other State or any Federal land management entity of any action or any alternative thereto which may have significant impacts upon such State or affected Federal land management entity and, if there is any disagreement on such impacts, prepares a written assessment of such impacts and views for incorporation into such detailed statement. The procedures in this subparagraph shall not relieve the Federal official of his responsibilities for the scope, objectivity, and content of the entire statement or of any other responsibility under this Act; and further, this subparagraph does not affect the legal sufficiency of statements prepared by State agencies with less than statewide jurisdiction. (E) study, develop, and describe appropriate alternatives to recommended courses of action in any proposal which involves unresolved conflicts concerning alternative uses of available resources; (F) recognize the worldwide and long-range character of environmental problems and, where consistent with the foreign policy of the United States, lend appropriate support to initiatives, resolutions, and programs designed to maximize international cooperation in anticipating and preventing a decline in the quality of mankind’s world environment; (G) make available to States, counties, municipalities, institutions, and individuals, advice and information useful in restoring, maintaining, and enhancing the quality of the environment; (H) initiate and utilize ecological information in the planning and development of resource-oriented projects; and (I) assist the Council on Environmental Quality established by title II of this Act.”

biental). Deixou, porém, de tratar de outros estudos ambientais mais simples mas nem por isso menos importantes.⁶⁶

Tamanho a importância da avaliação de impactos ambientais que figura ela como princípio na Declaração do Rio de Janeiro, de 1992:

“Princípio 17 – A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente.”

Vista a importância da avaliação de impactos ambientais, debruçemo-nos a seguir nos elementos-chave deste instrumento: os estudos ambientais.

3.3.1 Estudos ambientais

A avaliação de impactos ambientais consiste no conhecimento de um empreendimento e de seus efeitos positivos e negativos sobre o ambiente.

Referida avaliação só pode ser levada a efeito por meio de estudos ambientais realizados pelo empreendedor, assim entendidos como

“todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco” (Art. 1º, inciso III, da Resolução CONAMA 237/1997).

Com base nos estudos ambientais, será possível identificar os impactos positivos e negativos do empreendimento (e não apenas sob a ótica ambiental, mas sob a ótica social, econômica, cultural etc.), a possibilidade técnica de se eliminarem os negativos ou minorá-los o quanto possível, bem como de se ampliarem os positivos ou, ainda, nos casos mais extremos, a necessidade de se rechaçar

⁶⁶ Nesse sentido também o comentário de Edis Milaré: “Essa resolução, apesar de considerar expressamente a necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para o uso e a implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente”, acabou por apenas regulamentar a figura do Estudo de Impacto Ambiental.” A despeito da importância desta Resolução, complementa o autor que, “limitando-se a regulamentar o EIA/RIMA, levou grande número de pessoas, até estudiosos do assunto, a considerar que a Avaliação de Impacto Ambiental se limitava a esta figura, razão provável do grande atraso da utilização dos métodos e práticas de AIA no planejamento governamental” (*Direito do ambiente*, p. 484).

o empreendimento por conta da intolerabilidade dos seus impactos. Por isso se afirma que tais estudos são os fatores embaixadores da decisão governamental.

Conforme a amplitude ou a intensidade dos potenciais impactos ambientais do empreendimento, os estudos ambientais relacionados serão mais ou menos complexos e detalhados. Por isso é que a Resolução CONAMA 237/1997 prevê, em seu art. 1º, inc. III, supratranscrito, diversos tipos de estudos ambientais – cada qual exigível em uma determinada e específica situação, para um tipo determinado e específico de obra ou atividade.

3.3.2 Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EPIA/RIMA)

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental foi constitucionalizado em 1988, com a determinação constante do art. 225, § 1º, inc. IV, no sentido de incumbir ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

“exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **estudo prévio de impacto ambiental**, a que se dará publicidade”. (g.n.)

O EPIA é uma espécie de estudo ambiental que possibilita ao órgão ambiental avaliar os impactos de um empreendimento com potencial poluidor **expressivo** – ou, para usar os termos da Constituição, **significativo** – e o RIMA é o resumo e a tradução deste estudo para um linguajar acessível à população, com o objetivo de esclarecê-la e instrumentalizá-la a exercer o seu direito de informação e de participação (consciente e proveitosa).⁶⁷

O primeiro diploma legal a discipliná-lo em detalhes foi a Resolução CONAMA 01/1986; posteriormente, o Decreto 99.274/1990 (regulamento da Lei 6.938/1981) abordou algumas outras questões relacionadas a tal estudo, tais como conteúdo mínimo e dever de publicidade (art. 17). E agora, complementando todo o aparato já existente, a Resolução CONAMA 237/1997 acrescenta novas disposições sobre referido estudo.

Dentre os inúmeros estudos ambientais existentes, o EPIA/RIMA é o mais completo e profundo – e, por vezes, o mais demorado e dispendioso. Daí ser alvo de severas críticas, especialmente dos empreendedores, que culpam o estudo pela demora no licenciamento e pela criação de embaraços econômicos ao projeto, já

⁶⁷ A definição do RIMA consta do art. 9º, parágrafo único da Resolução CONAMA 01/86: “O RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.”

que esmiúça todos os empecilhos ambientais e leva, com isso, ao aumento das exigências do órgão ambiental para a concessão das licenças.

Ferrenho defensor do EPIA/RIMA, Álvaro Luiz Valery Mirra opõe sólidos argumentos contra os que enxergam neste estudo um entrave ao desenvolvimento econômico, industrial e social:

“Diz-se, com muita frequência, que se quer emperrar um empreendimento basta submetê-lo ao estudo de impacto ambiental, surgindo a partir daí, muitas vezes, propostas – umas veladas, outras nem tanto – de restringir-se a sua exigência a um número cada vez menor de atividades degradadoras. Tal visão, contudo, não pode prevalecer.

A grande contribuição do EIA para o planejamento de obras e atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental foi precisamente estabelecer um tempo distinto, e necessariamente mais demorado, para a aprovação de projetos de empreendimentos que, apesar de relevantes para o desenvolvimento econômico e social e benéficos a curto ou a médio prazo, podem ser também danosos à qualidade de vida e ao bem-estar da coletividade a longo prazo – incluindo as futuras gerações. Assim, entre decidir com rapidez sobre a implantação de um empreendimento e decidir com maior margem de acerto, ou menor margem de erro, após cuidadosa avaliação das repercussões ambientais do projeto, optaram o legislador e o constituinte pela segunda alternativa, conscientes da necessidade de adotar-se uma postura de segurança e de prudência, em função da dimensão e, muitas vezes, da irreversibilidade de determinadas agressões ambientais supervenientes a empreendimentos bem intencionados, mas que, por deficiência na capacidade de prever os impactos nocivos sobre a vida e a qualidade de vida da população durante a fase de planejamento, acabam por ter seus efeitos positivos imediatos praticamente anulados na sequência dos anos.

Exemplo clássico do que acaba de ser mencionado é o da construção de grandes barragens para fins hidrelétricos.

Não são raros os casos de implantação de usinas hidrelétricas que acarretam impactos ambientais gigantescos, com inundação de extensas áreas de terras, antes cobertas por vegetações e florestas, cortadas por rios e ocupadas por populações e comunidades tradicionais, como os indígenas, que se encontravam em perfeita harmonia com o meio. O resultado disso tudo é a destruição da fauna, da flora e dos ecossistemas aquáticos e terrestres do local, o deslocamento de grandes contingentes de pessoas para áreas distantes e a ocorrência de alterações drásticas na economia regional, com o concomitante dispêndio de somas importantes com a construção e a manutenção do complexo hidrelétrico, enquanto sob o ponto de vista energético, no confronto com as expectativas iniciais, obtém-se, no final, modesta

produção de energia elétrica, em flagrante desproporção com os aludidos custos sociais, econômicos e ambientais do empreendimento.”⁶⁸

Dessa forma, se é verdade que o EPIA/RIMA impõe certos ônus ao empreendedor (e, por que não dizer, à coletividade, que, por vezes, acaba sofrendo os efeitos da “demora” na implantação do empreendimento bem como da elevação dos custos do produto/serviço final), é mais verdade ainda que tais ônus têm absoluta razão de ser, *i.e.*, são plausíveis e, emprestando o jargão popular, constituem um “mal necessário” e indispensável, justamente porque são eles que garantem que o empreendimento não afetará (ou afetará minimamente) a qualidade do meio ambiente e a qualidade de vida dos seres humanos.

3.3.2.1 Empreendimentos sujeitos à realização do EPIA/RIMA: apenas os causadores de degradação ambiental significativa

Diante da complexidade e completude do EPIA/RIMA, é razoável que não seja ele exigido em todo e qualquer procedimento de licenciamento ambiental mas apenas naqueles voltados à liberação de atividades potencialmente causadoras de um relevante impacto negativo ou, como quer a Constituição, de um impacto ambiental SIGNIFICATIVO (art. 225, § 1º, inc. IV).

Como já tivemos oportunidade de mencionar, a Resolução CONAMA 01/1986, que cuida do licenciamento ambiental e do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, introduz um conceito legal de impacto ambiental. Não diz, porém, o que é impacto ambiental significativo – temos aí, portanto, um conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido “com dados extraídos da realidade”.⁶⁹

Ainda assim, buscando o preenchimento do conceito, sentimo-nos autorizados a concluir que significativa é a degradação ambiental de grande efeito, um impacto negativo considerável, um impacto num grau maior e mais relevante do que o impacto ambiental não qualificado dessa forma.

E assim pensamos porque o adjetivo *significativo*, no *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, corresponde a algo “cheio de significado; que contém revelação interessante; **expressivo**”⁷⁰ (g.n.); já o termo *significado* quer dizer “relação de estima, reconhecimento, apreço por alguém ou algo; **importância**, valor, significação, significância”⁷¹ (g.n.) e o termo *expressivo*, associado à expressão, indi-

⁶⁸ *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*, p. 4-5.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 72.

⁷⁰ Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=significativo&stipe=k>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

⁷¹ Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=significado&stipe=k>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

ca “manifestação significativa, forte”⁷² (g.n.). Com essa noção,⁷³ podemos inferir que o emprego do termo *significativo* no art. 225, § 1º, inc. IV, tem a finalidade de referir-se a um forte, expressivo, grande impacto negativo.⁷⁴

Antonio Herman Benjamin, citando o acórdão norte-americano *Hanly II*, aponta dois fatores principais que devem ser levados em conta na apuração da significância do impacto ambiental: os efeitos *absolutos* e os efeitos *comparativos*:

“Um dos mecanismos de avaliação da significância do impacto foi proposto pelo acórdão norte-americano *Hanly II*, consistindo na aplicação de dois fatores:

1) a extensão em que a ação proposta provocará efeitos ambientais adversos em excesso àqueles criados por usos existentes na área afetada por ela; e 2) a quantidade absoluta de efeitos ambientais adversos da própria ação, incluindo-se o dano cumulativo que resulta da sua contribuição para as condições ou usos adversos já existentes na área atingida. Onde a conduta se conformar aos usos preexistentes, suas consequências nefastas serão usualmente menos significativas do que quando ela representa uma mudança radical [...] Por exemplo, uma rodovia a mais numa área cortada por estradas tem, normalmente, um impacto negativo menor do que se fosse construída através de um parque sem qualquer via.”⁷⁵

Lembra, ainda, que às vezes a significância do impacto exsurge em razão da sensibilidade da área escolhida. Assim, não pode ser considerado insignificante, por menor que seja, o impacto de um projeto que “tenha exatamente o condão de romper o ponto de saturação ambiental de uma certa área”.⁷⁶ Equivale a di-

⁷² Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=express%E3o&styp=k>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

⁷³ Vale reconhecer que nem sempre o sentido semântico da palavra corresponde ao seu sentido jurídico, pois a lei, quando a emprega, pode estar querendo lhe dar uma outra conotação. Em nossa obra *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*, manifestamo-nos justamente sobre a diferença entre o termo *crueidade* (contra os animais) no léxico e o termo *crueidade* na Constituição Federal (p. 69 e ss). Neste exemplo, o sentido jurídico não coincide totalmente com o sentido semântico. Todavia, voltando ao caso em apreço, parece-nos que o sentido jurídico do termo *significativo* está inteiramente ligado ao sentido semântico do termo.

⁷⁴ Concordamos, em parte, com José Marcos Domingues, quando pondera que o termo *relevante*, ao invés de *significativo*, seria preferível *in casu*, pois aquele deixaria ainda mais claro que o impacto a que se alude é o grande impacto e não qualquer impacto. Mas nem por isso chegamos a equiparar o *significativo* impacto a impacto de *menor valor*, como faz o autor. De qualquer forma, seus argumentos merecem transcrição: “Desenganadamente, *significativo* é vocábulo volátil, de conteúdo rarefeito, difuso, impregnado que é de um sentimento subjetivo de percepção da realidade. Já *relevante*, ao contrário, é algo que é necessário, essencial ou indispensável, que se pode, pois, aferir objetivamente, por sua densidade própria, como algo saliente, que sobressai (isto é: incomum, extraordinário)” (*Direito tributário e meio ambiente*, p. 201).

⁷⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, p. 114.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 115.

zer que o aferimento da “grandeza” do impacto negativo deverá levar em conta, também, as peculiaridades do entorno do empreendimento, dado que “o que é significativo, importante, relevante, em um grande centro, poderá não ter a mesma significação na zona rural”,⁷⁷ sendo certo que “há empreendimentos perfeitamente suportáveis, do ponto de vista do controle ambiental, em certos lugares, mas absolutamente inadmissíveis em outros”.⁷⁸

Daí concluímos que o preenchimento do conceito jurídico *significativo* se dará por critérios técnicos, pois só os conhecimentos dessa natureza é que poderão dar a medida da degradação, tomando por base o conteúdo e local de implantação do projeto assim como a vulnerabilidade ambiental, social e econômica da área.

A importância do preenchimento deste conceito “indeterminado” – degradação *significativa* – é óbvia: é ele que vai nortear o órgão ambiental quando da exigência ou dispensa do EPIA/RIMA, valendo frisar que, constatado impacto de tal magnitude, a exigência do EPIA/RIMA constitui ato vinculado, não podendo o órgão licenciador sequer aventar a possibilidade de dispensá-lo. Disso se percebe que, se há alguma discricionariedade na decisão do órgão ambiental, ela se dá no momento da verificação da significância do impacto – por isso pode-se chamá-la de discricionariedade técnica. Mas, uma vez verificado o impacto negativo significativo, desaparece qualquer margem de liberdade na escolha do órgão licenciador e o estudo em tela há que ser exigido, sob pena de afronta ao Texto Constitucional.

Em nosso auxílio, os apontamentos de Luiz Guilherme Marinoni, que identificam a discricionariedade na apuração do impacto significativo mas vinculação na exigência do EPIA/RIMA quando apurado impacto deste jaez:

“sempre que o administrador se encontrar diante de pedido de licença para atividade ou obra ‘potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente’, não haverá espaço para qualquer subjetividade de sua parte quanto a exigir ou não o estudo, pois essa atividade administrativa possui conteúdo vinculado.

Se a norma constitucional regula de forma vinculada o conteúdo da atividade da administração, resta discricionariedade ao administrador quanto ao motivo do ato administrativo. Deixe-se claro, porém, que não se trata de descrição quanto à escolha do motivo do ato administrativo, mas apenas e tão somente descrição quanto à identificação desse pressuposto fático. A discricionariedade, no caso, é decorrência do caráter indeterminado do conceito ‘obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente’”.⁷⁹

⁷⁷ OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. Ob. cit., p. 172.

⁷⁸ *Idem*, *ibidem*, mesma página.

⁷⁹ O direito ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito, p. 131.

A Resolução CONAMA 01/1986, mesmo sem dizer o que é impacto ambiental **significativo**, lista, em seu art. 2º, sem intuito de esgotar o rol,⁸⁰ uma série de atividades que devem ser licenciadas mediante a apresentação de EPIA/RIMA:

“Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

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

II – Ferrovias;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIII – Distritos industriais e zonas estritamente industriais – ZEI;

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

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

XVI – Qualquer atividade que utilizar carvão vegetal, derivados ou produtos similares, em quantidade superior a dez toneladas por dia; (redação alterada pela Resolução CONAMA 11/86)

XVII – Projetos Agropecuários que contemplem áreas acima de 1.000 ha ou menores, neste caso, quando se tratar de áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental, inclusive nas áreas de proteção ambiental” (inciso acrescentado pela Resolução CONAMA 11/86).

O fornecimento de uma lista de empreendimentos obrigados ao EPIA/RIMA é uma forma de conter a discricionariedade do órgão ambiental na dispensa desse estudo.

Sim, pois, considerando que o EPIA/RIMA só deve ser exigido quando a obra ou atividade licenciada puder causar uma degradação ambiental significativa, temos, *contrario sensu*, que o órgão licenciador pode dispensar o estudo quando constatar que o empreendimento gerará um impacto ambiental **não significativo** – o próprio art. 3º, parágrafo único, da Resolução CONAMA 237/1997 o confirma:

“A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.” (g.n.)

Ocorre que determinados empreendimentos, por sua natureza ou porte, **sempre** causarão um impacto negativo de grande monta – foi desta premissa que partiu o CONAMA ao nomear, valendo-se de um critério técnico, os empreendimentos licenciáveis apenas mediante apresentação de EPIA/RIMA.⁸¹

⁸⁰ O caráter meramente exemplificativo desse rol é bem sustentado por José Afonso da Silva: “Essa enumeração casuística é puramente exemplificativa, nem poderia ser diferente porque a Constituição não admite limitação taxativa dos casos de Estudo de Impacto Ambiental. Qualquer que seja a obra ou a atividade, pública ou particular, que possa apresentar riscos de degradação significativa do meio ambiente fica sujeita a sua prévia elaboração” (*Direito ambiental constitucional*, p. 291).

⁸¹ Como não poderia deixar de ser, este rol é exemplificativo, de sorte que o órgão ambiental pode – e deve – exigir o EPIA/RIMA para outras atividades não previstas no art. 2º. “É perfeitamente possível cogitar de empreendimentos e atividades causadoras de significativo impacto ambiental, mas que não estejam relacionados no art. 2º da Resolução CONAMA n. 1/86. Uma atividade que utilize nove mil e novecentos quilos de carvão vegetal, por exemplo, ou um projeto urbanístico de 99 hectares não estariam automaticamente desonerados da realização de estudo de impacto ambiental pelo só fato de não haverem alcançado a patamar estabelecido por referida resolução.

Para muitos doutrinadores, o art. 2º da norma em comento encerra uma **presunção absoluta** de que as atividades ali arroladas são causadoras de significativo impacto ambiental, de sorte que o órgão ambiental, em tais hipóteses, está impedido de dispensar o EPIA/RIMA.

Álvaro Luiz Valery Mirra, um deles, é enfático nesse sentido, defendendo que, apesar do rol do art. 2º ser exemplificativo, as atividades ali listadas “devem obrigatoriamente se submeter ao estudo”.⁸²

Não destoia dessa preleção o entendimento de Sílvia Cappelli, que vê vantagem no rol exemplificativo do art. 2º porquanto ele retira “a discricionariedade da Administração Pública para licenciar tais empreendimentos. Constem eles daquele rol, o órgão licenciador não poderá dispensar o EIA/RIMA sob pena de invalidar o procedimento administrativo, eis que se trata de ato vinculado”.⁸³

A explicação de Guilherme José Purvin de Figueiredo para a taxatividade do rol é que “não haveria nenhuma lógica em se relacionar quatorze incisos a título de mera associação de ideias”,⁸⁴ estando proibida a autoridade, portanto, de “deixar de exigir a realização de EIA-RIMA para a obtenção de licença ambiental, no caso, por exemplo, de aterro sanitário ou de grande projeto urbanístico”.⁸⁵

Seguem a mesma orientação, dentre outros juristas, Antonio Herman Benjamin,⁸⁶ Paulo Affonso Leme Machado⁸⁷ e Luiz Guilherme Marinoni.⁸⁸

Há posicionamentos contrários, contudo, que defendem encerrar o art. 2º uma **presunção relativa** de impacto significativo, cabendo prova em contrário pelo empreendedor – prova essa que culminará na dispensa do EPIA/RIMA.

Partidário dessa corrente, obtempera Edis Milaré:

“A presunção relativa (*juris tantum*), como se sabe, tem o condão de inverter o ônus da prova, de sorte que o Administrador, à vista de um caso listado, determinará a elaboração do EIA. O empreendedor, querendo, poderá produzir prova no sentido de que a obra ou atividade pretendida não provocará impacto ambiental significativo. Portanto, em vez do agente público ter que provar a significância do impacto, é o empreendedor quem deve provar sua insignificância.

Nesta hipótese, porém, não estariam enquadrados numa situação de presunção *juris et de jure* de causadores de significativa degradação ambiental. (FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de direito ambiental: interesses difusos, natureza e propriedade*, p. 382).

⁸² Ob. cit., p. 54.

⁸³ O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira, p. 160.

⁸⁴ *Curso de direito ambiental: interesses difusos, natureza e propriedade*, p. 382.

⁸⁵ Idem, ibidem, mesma página.

⁸⁶ *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, p. 115.

⁸⁷ *Direito ambiental brasileiro*, p. 215.

⁸⁸ Ob. cit., p. 133.

Resumindo: não há dúvida que o Administrador tem certa liberdade para verificar a presença ou não de ‘significativa degradação ambiental’ a ensejar a realização do EIA, mas, identificada a hipótese positiva, não pode deixar de exigir o estudo...”⁸⁹

Francisco Thomaz van Acker⁹⁰ também entende que o rol do art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986 encerra presunção *relativa* de impacto significativo, de sorte que o órgão ambiental está autorizado a dispensar o EPIA/RIMA mesmo nas hipóteses previstas neste dispositivo, caso demonstrado, em concreto, que as atividades correspondentes não causarão degradação significativa.

Nada obstante a existência de argumentos razoáveis a sustentar ambas as correntes, somos da opinião que a listagem oferecida pelo art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986 obriga todos aqueles empreendimentos à apresentação do EPIA/RIMA no licenciamento ambiental.⁹¹

Não desconsideramos, é claro, a possibilidade de que, na situação concreta, um dos empreendimentos listados no art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986 venha a apresentar impacto menor do que outros. Isso não basta, contudo, para que se despreze a importância da lista ou mesmo para que se não exija o EPIA/RIMA. A exigência deste complexo estudo é justamente para aquelas atividades que **tenham o potencial** de provocar um impacto ambiental significativo e não para aquelas que com certeza o provocarão. Por isso, a lista realmente fica num plano hipotético, mas um plano hipotético construído em bases técnicas sólidas de verificação de impacto em situações de igual natureza.

Para não desprestigiar o instrumento, contudo, defendemos que esta lista seja revisada de quando em quando, para torná-la consentânea com a realidade. Para tanto, seria preciso verificar se a experiência tem confirmado que os empreendimentos nela listados são, de fato, potencialmente causadores de impactos significativos. A se verificar, por exemplo, que, em um número considerável de licenciamentos (recentes), um dos empreendimentos constantes da lista não tem revelado potencial poluidor expressivo, deveria ser retirado da lista, para afastar a presunção absoluta que impera sobre a atividade – o que não significa dizer que, em situações concretas, o órgão ambiental estaria impedido de exigir EPIA/RIMA se constatasse que um particular empreendimento, ainda que retirado da lista, por alguma especificidade locacional, poderia causar impacto de grande monta.

⁸⁹ *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, p. 34.

⁹⁰ Licenciamento ambiental, p. 11-13. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/admarqs/Dr.VanAcker.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

⁹¹ Enquanto na Resolução CONAMA 237/1997 há uma previsão normativa explícita de que empreendimentos constantes da lista do Anexo I (cf. tópico 3.2.3) podem ser dispensados do licenciamento ambiental, a Resolução CONAMA 01/1986 não faz o mesmo com relação aos empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA, por força de sua menção na lista do art. 2º.

Com esse propósito, a Resolução CONAMA 404/2008, que disciplina o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte, de resíduos sólidos urbanos (assim entendido o aterro com disposição diária de até 20 toneladas de resíduos sólidos urbanos), desde logo dispensa do procedimento o EPIA/RIMA (art. 2º),⁹² afastando, dessa maneira, a presunção absoluta de impacto significativo que recaia sobre aterros sanitários em geral, inclusive os de pequeno porte, por conta do inciso X do art. 2º da Resolução 01/1986.⁹³

Afora os empreendimentos previstos no rol do acima citado dispositivo legal (art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986), todos aqueles que puderem causar degradação significativa também estarão sujeitos ao EPIA/RIMA. O desafio que se coloca é como avaliar previamente a extensão e intensidade do impacto negativo antes de se elaborar o EPIA/RIMA, considerando que, não raras vezes, é justamente neste estudo que encontraremos a resposta.

A questão não passou despercebida do Prof. Paulo Affonso Leme Machado, que lembrou o costume de se exigirem estudos mais simples e rápidos para se detectar a significância do impacto para, verificado este, exigir-se posteriormente o EPIA/RIMA.⁹⁴ O mestre, porém, mesmo reconhecendo que o dano potencial não vem carimbado e com traços gritantes, contesta esta prática, argumentando que, para evitar as dúvidas, “é preciso utilizar-se, desde o início, uma metodologia

⁹² É bem verdade que a regra da dispensa é mitigada pelo parágrafo único do art. 2º, que prescreve a obrigatoriedade de EPIA/RIMA se constatada a significância do impacto: “O órgão ambiental competente, verificando que o aterro proposto é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, exigirá o EIA/RIMA.”

⁹³ Oportuno lembrar que a Resolução CONAMA 308/2002, que antecedeu a Resolução 404/2008, já legislava no mesmo sentido, permitindo que os órgãos ambientais competentes dispensassem o EPIA/RIMA “na hipótese de ficar constatado por estudos técnicos que o empreendimento não causará significativa degradação ao meio ambiente” (art. 5º, par. único).

⁹⁴ No Estado de São Paulo, temos o exemplo do Relatório Ambiental Preliminar (RAP), regulado pela Resolução SMA 42/1994:

“Parte I – Procedimentos iniciais

1. Nos casos previstos no art. 2º da Resolução nº 1/86, do CONAMA, o interessado requererá a licença ambiental, instruída com o RELATÓRIO AMBIENTAL PRELIMINAR – RAP, conforme roteiro de orientação estabelecido pela SMA;

[...]

3. A SMA, através do DAIA, analisará o RAP e as manifestações escritas que receber, podendo: (a) indeferir o pedido de licença em razão de impedimentos legais ou técnicos; (b) **exigir a apresentação de EIA/RIMA ou dispensá-la.**” A crítica que se faz a essa Resolução, porém, é que ela permite a dispensa de EPIA/RIMA justamente no licenciamento dos empreendimentos listados no art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986 – aqueles que, segundo doutrina majoritária, não podem ser dispensados do estudo. Assim, o RAP deveria ser utilizado – e aí seria de muita valia – apenas no licenciamento de empreendimentos não listados no art. 2º da Resolução CONAMA 01/1986, para apurar a necessidade de elaboração do EPIA/RIMA ou a possibilidade de dispensa.

que possibilite aprofundado exame da natureza do impacto⁹⁵ e que, persistindo a dúvida, deve-se, pelo princípio da precaução, realizar o EPIA/RIMA.⁹⁶

3.3.2.2 Conteúdo mínimo do EPIA/RIMA

Já foi dito neste trabalho que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental é marcado por sua abrangência e grau de detalhamento.

Apenas para se ter uma ideia de tais características, vejamos os itens obrigatórios de todo EPIA, nos termos da Resolução CONAMA 01/1986 – frisando desde já que se trata do conteúdo mínimo pois a própria Resolução prevê a possibilidade do IBAMA, órgãos estaduais e municipais, apresentarem exigências adicionais:

“Art. 5º O estudo prévio de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I – contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II – identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III – definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV – considerar os planos e programas governamentais propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.”

“Art. 6º O EIA desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I – diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico – o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d’água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais – a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

⁹⁵ Itinerário do direito ambiental brasileiro: prevenção, controle e reparação, p. 122.

⁹⁶ Ibidem, mesma página.

c) o meio socioeconômico – o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconomia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos;

II – análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;

III – definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV – elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.”

Ao exigir o EPLA/RIMA, o órgão ambiental estará, automaticamente, determinando os elementos informativos mínimos e indispensáveis do estudo, nos termos dos dois artigos suscitados. E tão indispensáveis são que a inobservância deles pode implicar a decretação de nulidade do EPLA e do próprio licenciamento.

Essa é a opinião do magistrado Álvaro Luiz Valery Mirra:

“a ausência de um EIA, quando exigível, ou a sua inadequada realização, pela inobservância do seu conteúdo mínimo obrigatório, acarreta a possibilidade de invalidação de todo o processo de licenciamento em andamento ou já concluído e, por via de consequência, da instalação, da entrada em operação e do prosseguimento da obra ou atividade licenciada.

Nessa matéria, vale, ao nosso ver, para o Brasil, a lúcida orientação da jurisprudência dos tribunais administrativos franceses: um EIA que não contempla todos os pontos mínimos do seu conteúdo, previstos na regulamentação, é um estudo **inexistente**; e um EIA que, embora contemple formalmente esses pontos, não os analisa de forma adequada e consistente, é um estudo insuficiente. E tanto num caso (inexistência do EIA) quanto no outro (insuficiência do EIA) o vício que essas irregularidades acarretam ao procedimento do licenciamento é de natureza substancial. Consequentemente, inexistente ou insuficiente o estudo de impacto não pode a obra ou atividade ser licenciada e, se por acaso, já tiver havido o licenciamento, este será inválido”.⁹⁷

⁹⁷ Impacto ambiental, p. 76.

Não é incomum que diante da insuficiência de um EPLA/RIMA, seja por lhe faltarem elementos exigidos pela norma, seja por lhe faltarem elementos essenciais à avaliação dos impactos ambientais do empreendimento em análise, o judiciário determine a sua complementação, até com o intuito de regularizar e “salvar” o procedimento de licenciamento ambiental.

Foi o que ocorreu, v.g., no licenciamento do empreendimento Rodoanel Mário Covas, obra viária que tem por objetivo interligar diversas rodovias, nos arredores do Município de São Paulo. O estudo de impacto ambiental correspondente foi questionado em juízo sob inúmeros argumentos, um deles a sua deficiência. A Desembargadora Consuelo Yoshida, relatora do Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do IBAMA, do Estado de São Paulo e do Desenvolvimento Rodoviário S.A. (DERSA), reconheceu a falha do EPLA, apontada pelo Agravante, e determinou que novos aspectos relevantes fossem incluídos no estudo:

“a implantação do referido projeto, pelo seu porte, características e localização, enseja impactos ambientais de significativa monta, a **exigir um EIA-RIMA bem mais completo e abrangente que o apresentado.**

As deficiências do EIA-RIMA elaborado anteriormente são hoje incontroversas, tendo sido suspensa sua análise em 19/08/03 *para reavaliação, adequação e novos estudos, a fim de atender os reclamos da sociedade civil, bem como analisar alguns aspectos recolhidos nas audiências públicas, as contribuições da sociedade, da imprensa, das promotorias e de órgãos relacionados com o meio ambiente*”.⁹⁸(g.n.)

Temos ilustrado, por conseguinte, a necessidade de o empreendedor zelar pela completude do EPLA/RIMA produzido no âmbito do licenciamento ambiental, sob pena de ele próprio dar causa à nulidade das licenças outorgadas ou, na melhor das hipóteses, ao prolongamento indesejável do procedimento licenciatório por conta dos questionamentos, judiciais ou não, sobre a escassez ou insuficiência de informações – o licenciamento ambiental já é demorado por si só, de modo que o empreendedor deve fazer o que estiver ao seu alcance para não estendê-lo ainda mais.

3.4 Direito do empreendedor à obtenção das licenças ambientais diante da avaliação de impactos ambientais favorável

A complexidade e a finalidade do licenciamento ambiental fazem com que ele e as licenças ambientais tenham uma identidade própria, um regime jurídico distinto das licenças administrativas, embora com algumas semelhanças.

⁹⁸ Proc. 2003.03.00.070460-9, AG 192647, TRF 3ª Região, Rel. Des. Consuelo Yoshida, j. 19.12.2003.

Uma das particularidades que mais “incomodam” a doutrina jurídica diz respeito à coexistência da vinculatividade e discricionariedade da decisão do órgão ambiental na outorga das licenças ambientais, o que torna o licenciamento ambiental um procedimento híbrido.

Queremos dizer que a concessão das licenças ambientais ora será ato vinculado, ora será discricionário, a depender das conclusões dos estudos apresentados pelo empreendedor.

Antes de adentrarmos no tema, mister algumas considerações básicas sobre a diferença entre ato vinculado e ato discricionário, como também entre licença e autorização.

3.4.1 Ato vinculado e ato discricionário

Ato vinculado é aquele que deriva do cumprimento estrito, pela Administração, de um comando legal claro, direto e objetivo e que, por conta disso, oferece um caminho exclusivo a ser seguido.

Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que

“por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir, não interfere com apreciação subjetiva alguma”.⁹⁹

Ato discricionário é o resultante de uma opção feita pelo administrador entre alternativas disponibilizadas pela lei, segundo critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade,¹⁰⁰ consignando-se que a escolha deve ser sempre pela “melhor” situação – daí por que afirmarmos que, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, discricionariedade não se confunde com ilimitada liberdade, muito menos com arbitrariedade pois, quanto a sua finalidade, o administrador está necessariamente “vinculado”, “preso” à alternativa que chegue mais perto de satisfazer o interesse público. A liberdade, na verdade, está em analisar as alternativas possíveis e identificar qual delas se enquadra nesta premissa. Trata-se, portanto, de uma “liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal”.¹⁰¹

Ao definir a atuação discricionária do Poder Público, Maria Sylvia Zanella di Pietro arremata que ela ocorre “quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito”.¹⁰² É de se adicionar que, mesmo sendo todas válidas para o Direito, no

⁹⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 399.

¹⁰⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*, p. 222.

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ob. cit., p. 401.

¹⁰² *Direito administrativo*, p. 222.

caso concreto o administrador deve buscar a solução mais pertinente, a mais benéfica para o interesse público, sob pena de não fazer a melhor escolha e ficar sujeito a questionamentos posteriores.

A diferença principal entre ato vinculado e ato discricionário repousa na margem de liberdade dada a cada qual. No ato vinculado, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado”.¹⁰³ Já no ato discricionário “a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar”.¹⁰⁴

3.4.2 Licença e autorização

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, licença é “o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos”¹⁰⁵ e autorização é “o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário”.¹⁰⁶ Clássicos exemplos de licença são a de edificação e a para dirigir, e de autorização, a de porte de arma e para uso de bem público.

A principal distinção que se faz entre licença e autorização é que a primeira tem caráter vinculado, a segunda, caráter discricionário, o que significa, em outras palavras, que, em caso de licença, o interessado tem o direito subjetivo a sua obtenção, quando cumprir todos os requisitos legais para a realização de um projeto, obra ou atividade e, em caso de autorização, este direito subjetivo não lhe assiste, embora o requerente até possa satisfazer as exigências administrativas.¹⁰⁷ Nesse caso, se obtiver a autorização, não será por conta do reconhecimento de um direito (até porque direito ele não tem) mas pelo entendimento da Administração de que o ato/atividade autorizado não causará lesão ou será conveniente ao interesse público.

Como diz Marcelo Dawalibi,

“um postulante à licença que atender aos requisitos prefixados em lei estará apto a obtê-la, tendo direito subjetivo neste sentido. Já no caso da

¹⁰³ *Ibidem*, p. 399.

¹⁰⁴ *Ibidem*, mesma página.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 407.

¹⁰⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 407.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 183.

autorização, sua concessão pela Administração Pública é discricionária, ou seja, ao agente público cabe analisar a conveniência e oportunidade do seu deferimento, inexistindo direito subjetivo do interessado”.¹⁰⁸

A reforçar a diferença entre licença e autorização, José Afonso da Silva, com muita propriedade, aduz:

“A licença só é pertinente naquelas hipóteses em que preexiste o direito subjetivo ao exercício da atividade. Se esse direito não existe, se o exercício da atividade vai nascer com o ato da autoridade, então este não será licença. Pode ser concessão, pode ser permissão ou autorização, não licença, pois esta é um ato que pressupõe que aquele em favor de quem é liberada seja titular do direito.

[...]

A autorização é ato precário e discricionário, porque não pressupõe um direito anterior a ser exercido. Vale dizer, o direito ao exercício da atividade autorizada nasce com a outorga da autorização. Ao contrário, ela pressupõe uma proibição geral, expressa ou decorrente do sistema, ao exercício da atividade. Sua outorga consiste, assim, em remover esse obstáculo em favor de alguém, por razões de conveniência ou de mera liberalidade da Administração.”¹⁰⁹

Daí decorre o entendimento de que a licença é um ato declarativo (declaração de um direito preexistente) e a autorização é um ato constitutivo (criação de um novo direito).¹¹⁰

Importante frisar que, embora a licença tenha presunção de definitividade e a autorização, ao contrário, seja precária, tanto uma como outra podem ser extintas em situações específicas, equivocando-se aqueles que afirmam que a definitividade da licença significa irrevogabilidade ou permanência absoluta. Ter isso claro é por demais relevante para confrontar os que não aceitam a licença ambiental como verdadeiro ato de licença, apenas pelo fato de ter

¹⁰⁸ Licença ou autorização ambiental?, p. 183.

¹⁰⁹ *Direito ambiental constitucional*, p. 280.

¹¹⁰ Ao classificar os atos jurídicos quanto a sua tipologia (*i.e.*, natureza), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello destaca os negócios jurídicos, constitutivos e declaratórios de direitos, e as pronúncias jurídicas de conhecimento ou desejo (que não nos interessa no momento). E claramente encarta a autorização na categoria dos atos constitutivos e a licença na categoria dos atos declaratórios. Mas, quanto a esta última, faz uma ressalva: a licença não é constitutiva “quanto ao gozo do direito, porém o é quanto ao seu exercício. Este só pode licitamente ser levado a efeito depois de licenciada a atividade de que alguém tinha o gozo do direito. Por isso se diz que é constitutiva apenas sob o aspecto formal” (*Princípios gerais do direito administrativo*, p. 578). Também defendendo a natureza constitutiva das autorizações e declaratória das licenças: PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Ob. cit.*, p. 22.

prazo de validade¹¹¹ ou de poder ser cassada, invalidada, declarada caduca e revogada,¹¹² conforme expressamente previsto pelo art. 9º, inc. IV, da Lei 6.938/1981 e complementado pelo art. 19 da Resolução CONAMA 237/1997, abordado no tópico 3.2.6.

Pois bem. Apenas reafirmando o quanto foi dito anteriormente, a definitividade da licença permite que o seu titular continue no exercício da atividade enquanto estiver em seu prazo de validade ou enquanto perdurarem as condições que justificaram a sua concessão. Assim, transcorrido o prazo de eficácia da licença (se a lei ou o órgão ambiental tiver estabelecido um), ela deixa de surtir seus efeitos. Da mesma maneira, se, após a outorga da licença, verificar-se que ela foi emitida em desacordo com a lei – p. ex., baseada em dados falsos, fraudulentos –, deve ser **invalidada**; se constatar-se que o licenciado vem descumprindo as condições que justificaram a sua concessão (e que agora são condições para a sua manutenção), a licença deve ser **cassada**; se for editada lei nova incompatível com a situação jurídica formada sob a lei anterior, a licença deve ser retirada por **caducidade**, e se exsurgir interesse público que reclame a sua supressão ou modificação, esta poderá ser **revogada** ou **modificada**, uma vez que o interesse particular do empreendedor não prevalecerá em detrimento do interesse público.¹¹³

Esclareça-se, novamente, que não é a possibilidade de modificação, invalidação, cassação, caducidade ou revogação da licença ambiental que pode, por vezes, aproximá-la da autorização, mas sim a sua concessão **discricionária** (o que é típico das autorizações) em **determinadas** situações, como espousaremos no próximo tópico.

¹¹¹ Sobre a compatibilidade entre a *definitividade* e o *prazo de validade* da licença, Luis Manuel Fonseca Pires afirma: “por ser a licença um ato vinculado deve comportar um caráter de definitividade, ou seja, não há espaço à Administração, em princípio, para unilateralmente retirar a licença do seu titular, o que, contudo, não deve ser confundido com a hipótese perfeitamente válida de a própria lei estabelecer um prazo para a sua eficácia, como ocorre, à guisa de exemplo, com a licença que se obtém para dirigir veículos automotores” (*Ob. cit.*, p. 20).

¹¹² As licenças, tal como as autorizações, também podem ser revistas, especialmente quando versarem sobre atividades que se prolongam no tempo e que podem, num dado momento, deixar de apresentar as condições ou de cumprir os requisitos que justificaram a sua outorga. A esta visão, acrescenta Marcelo Dawalibi: “Ora, o que se percebe é que não só a autorização, mas todos os atos administrativos são revisíveis (inclusive a licença), desde que superveniente fundamento os revele contrários ao interesse público. A regra inserta no art. 9º, inc. IV da LF 6.938/81, portanto, está a explicitar tal revogabilidade, e muito mais do que isso, é uma regra que deverá ser observada em face de eventuais pedidos de indenização” (*Ob. cit.*, p. 184).

¹¹³ Hely Lopes Meirelles entende que as três situações descritas importam em *invalidação* do ato, mas, como se vê, trata-se de mera questão terminológica, visto que a ideia é a mesma: “uma vez expedida [a licença], traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso que se impõe a correspondente indenização” (*Ob. cit.*, p. 183).

3.4.3 Licença ambiental: natureza híbrida de ato vinculado e discricionário

A doutrina ambientalista ainda não encontrou uma resposta pacífica sobre a natureza jurídica da licença ambiental. Há os que dizem se tratar de verdadeira autorização,¹¹⁴ sendo licença apenas no nome, outros, pelo contrário, dizem ser de fato licença, com sua natureza de ato vinculado, outros, num meio-termo, afirmam ser ora licença, ora autorização, devido decorrer ora de ato vinculado, ora de ato discricionário.

Para se saber se o ato em questão é uma licença ou uma autorização, necessário avaliar se a sua concessão ao empreendedor é vinculada ou discricionária.¹¹⁵

Defendemos a natureza vinculada do ato de concessão da licença quando – e apenas quando – a avaliação de impacto ambiental demonstra que o empreendimento tem condições de se desenvolver dentro dos parâmetros ambientais e legais vigentes, de sorte a não prejudicar o equilíbrio ambiental e a saúde, segurança e bem-estar da coletividade.

Ora, se o licenciamento ambiental tem por objetivo conformar o empreendimento às exigências legais ambientais e se o empreendimento logra demonstrar que cumprirá todas essas exigências em sua implantação e operação, o órgão ambiental não tem argumentos jurídicos para negar a licença. Isso decorre da premissa de que todos são livres para (e têm o direito de) exercer atividades econômicas que não contrariem as normas jurídicas (ambientais ou não) vigentes no país.¹¹⁶ E quanto às atividades não econômicas, são igualmente livres para exercê-las, salvo se houver lei expressa que os limite ou os vede. Não havendo lei ambiental que proíba atividades inofensivas ao meio ambiente, não há como impedi-las – pelo menos não com argumentos “ambientais”.

Neste particular, estamos com Celso Antonio Pacheco Fiorillo quando afirma que “a existência de EIA/RIMA favorável¹¹⁷ efetivamente condicionará a auto-

¹¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 273-274; DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*, p. 104-105.

¹¹⁵ Marcelo Dawalibi arremata que “independente do nome iuris que a lei queira dar a determinado ato, ele será licença ou autorização ambiental conforme seja ele nos termos da legislação, vinculado ou discricionário, respectivamente. Aplica-se, na hipótese em testilha, o sempre sábio brocardo: ‘verba non mutat substantia rei’ (as palavras não mudam a essência das coisas)” (Ob. cit., p. 184).

¹¹⁶ Nesse sentido, o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal declara: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

¹¹⁷ Devemos ampliar a colocação do autor para “estudos ambientais favoráveis”, pois nem todo licenciamento ambiental é instruído com o EIA/RIMA, e sim, apenas, os licenciamentos de empreendimentos causadores de impactos ambientais significativos.

ridade à outorga da licença ambiental. Daí surgir o direito de o empreendedor desenvolver sua atividade econômica”.¹¹⁸

E não estamos sozinhos. Daniel Fink e André Camargo Horta de Macedo sustentam que:

“Vencidas todas as etapas do procedimento, será concedida ou não a licença ambiental. E, nesse ponto, é muito importante ressaltar que, cumprindo o empreendedor todas as exigências legais e técnicas inerentes ao empreendimento e ao próprio licenciamento, fará jus à licença ambiental, a qual não poderá ser negada pelo Poder Público, sendo, portanto, vinculada.

Vale dizer, o licenciamento é condicionante da atividade, não impeditivo.”^{119, 120}

Igualmente enfático é Ricardo Marcondes Martins, que defende haver um direito assegurado constitucionalmente de construção de obras e exercício de atividades que não produzam poluição além do que o próprio ordenamento jurídico aceita:

“dos arts. 225, § 1º, IV e 170, parágrafo único [...] extrai-se um direito constitucional de construção de obras e exercício de atividades não causadores de uma poluição inaceitável pelo ordenamento ou, em outras palavras, se a atividade pretendida configurar-se não causadora da poluição proibida, o administrado tem um direito subjetivo de exercê-la, direito esse reconhecido, ao menos de forma implícita, constitucionalmente”.¹²¹

No entanto, os estudos ambientais não são tão exatos, ou seja, não fazem uma análise fechada do empreendimento nem dão uma resposta simplista, como “o empreendimento pode ser aprovado” ou “o empreendimento não pode ser aprovado.”¹²²

¹¹⁸ Direito de o empreendedor desenvolver sua atividade em face de EIA/RIMA favorável no âmbito do Direito Ambiental brasileiro. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

¹¹⁹ Ob. cit., p. 9.

¹²⁰ Esclareça-se, porém, que o entendimento não é unânime. Marga Inge Barth Tessler, por exemplo, não vislumbra essa vinculação, manifestando que “mesmo que o EIA/RIMA conclua que os impactos não são relevantes, a autoridade que tem a incumbência de decidir poderá, mediante consistente fundamentação, com aporte de elementos técnico-científicos outros, deixar de autorizar a obra ou atividade. O EIA/RIMA favorável não confere direito líquido e certo ao empreendedor” (Análise da Resolução nº 1/86 CONAMA sob perspectiva da avaliação ambiental estratégica. *Revista de Doutrina 4ª Região*. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao016/Carlos_Lenz.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao016/Carlos_Lenz.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2007).

¹²¹ *Regime jurídico da licença ambiental*, p. 196.

¹²² Como acentua Marcos Destefenni, “no tocante às licenças ambientais [...] é muito difícil, senão impossível, em dado caso concreto, proclamar cumpridas todas as exigências legais. Sim, porque, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na legislação urbanística, as normas ambientais são, por

A complexidade das relações entre obra/atividade e meio ambiente é enorme, da mesma forma que é enorme o campo das possibilidades de implantação de um empreendimento, cada qual com um impacto maior em uma ou outra área, ou, eventualmente, todas ou algumas delas sem impactos intoleráveis, mas com algumas diferenças em termos dos malefícios a serem evitados e dos benefícios a serem proporcionados.

Por isso os estudos ambientais devem fazer ponderações sobre o empreendimento, levando em conta a localização proposta, os impactos negativos e positivos próprios da atividade e os métodos de controle da poluição e sistemas de gestão apresentados pelo empreendedor para mitigar os impactos negativos. E devem, além disso, oferecer outras alternativas além das encaminhadas pelo proponente do projeto, aptas a promoverem a redução do potencial degradador do empreendimento e a sua adequada instalação e operação, do ponto de vista ambiental.

Apontando as diversas possibilidades – deixando sempre claro os pontos positivos e negativos de cada opção dada –, deixará o órgão ambiental em condições de descartar as que estiverem fora dos padrões ambientais vigentes (ambientalmente inviáveis) e confrontar as que atenderem a tais padrões (ambientalmente viáveis) para escolher a “melhor” delas. É o que se chama de discricionariedade técnica.

Temos, portanto, que os estudos ambientais indicarão as opções *enquadradas na legislação ambiental* em vigor e as opções *não enquadradas*. Diante deste leque de opções, as alternativas *não enquadradas* na legislação ambiental devem ser descartadas de plano. E quanto às *enquadradas*, deverá o órgão debruçar-se sobre elas para, discricionariamente, eleger a melhor. Entretanto, a discricionariedade é apenas para decidir qual das alternativas ambiental e legalmente aceitas será acolhida visto que o direito à obtenção da licença já está configurado, em virtude do atendimento dos requisitos legais.

Estamos defendendo, por conseguinte, que, havendo várias opções legal e ambientalmente viáveis, o empreendedor terá **direito** a desenvolver uma delas. Qual delas, contudo, o órgão ambiental, dentro de sua discricionariedade técnica, deverá dizer.

O quadro se complica, porém, quando os estudos ambientais não encontram alternativas que enquadrem o empreendimento nos exatos termos da legislação ambiental.

Diferente do que se possa pensar apressadamente, o indeferimento da licença, em casos tais, não é automático, devendo o órgão ambiental verificar se existe uma justificativa imperiosa, irresistível e muito bem fundamentada para a liberação da atividade.

vezes, muito genéricas, não estabelecendo, via de regra, padrões específicos e determinados para esta ou aquela atividade. Nestes casos, o vazio da norma legal é geralmente preenchido por exame técnico apropriado, ou seja, pela chamada *discricionariedade técnica*, deferida à autoridade” (*Direito penal e licenciamento ambiental*, p. 104).

Assim, quando os estudos ambientais não apontam para (pelo menos) uma solução ambientalmente segura, afastando com isso a concessão vinculada da licença ambiental correspondente, cabe ao órgão ambiental sopesar todos os aspectos e impactos positivos e negativos do empreendimento para decidir se ele deverá ser desenvolvido, apesar dos “inconvenientes” verificados – o que se dará, via de regra, quando o empreendimento, em outra ponta, revelar-se extremamente benéfico, senão necessário, para a sociedade (ainda que local).

Mais uma vez trazemos a lume os escritos de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, que enxerga na análise combinada dos arts. 170, inc. V, e 225 da Constituição Federal, “que fixam, no plano normativo interno, a visão doutrinária do denominado desenvolvimento sustentável a fim de permitir um perfeito equilíbrio entre a proteção do meio ambiente e a livre concorrência norteadora do desenvolvimento econômico em nosso país”,¹²³ a possibilidade de outorga de licença ambiental, ainda sendo desfavorável o estudo prévio de impacto ambiental (e, adicionamos, demais outros estudos ambientais produzidos no licenciamento ambiental).

É diante deste impasse que o órgão ambiental deve analisar, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, se os danos a serem causados pela obra ou atividade são *juridicamente toleráveis* ou *juridicamente intoleráveis* (cf. tópico 2.2.5). No primeiro caso, o empreendimento será autorizado e ao empreendedor será imposto o dever de compensar previamente os danos ambientais, nos moldes determinados pelo art. 36 da Lei 9.985/2000; no segundo caso, o órgão licenciador indeferirá a licença, considerando que o empreendedor a ela não tem direito e que, de mais a mais, não se apresenta uma *necessidade coletiva* que justifique toda a perda ambiental.

Observe-se, porém, que, na hipótese de que ora se trata, não se pode dizer que o empreendedor tem um **direito** ao desenvolvimento da atividade, já que os estudos ambientais não demonstram que o empreendimento pode se desenvolver de acordo com os preceitos legais. É que, apesar de não preencher, *in totum*, os requisitos da lei, ele poderá realizar a atividade se, por questões de conveniência e oportunidade (ou mais, de necessidade), a administração o autorizar a tanto. Tecnicamente, portanto, já não estamos mais tratando de uma licença ambiental, enquanto ato vinculado, mas de uma autorização ambiental, ato discricionário.

Apesar disso, não advogamos a mudança da legislação do licenciamento ambiental para ora se referir à licença ambiental, ora a autorização ambiental. Até porque, após a liberação da atividade “não vinculada”, o regime jurídico que se lhe aplicará será o mesmo das demais atividades “vinculadas”.¹²⁴ Ou seja, em-

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Na visão de Paulo de Bessa Antunes, “a licença ambiental não pode ser reduzida à condição jurídica de *simples autorização*, pois os investimentos econômicos que se fazem necessários para a implantação de uma atividade utilizadora de recursos ambientais, em geral, são elevados” (*Direito ambiental*, p. 131).

bora o órgão tenha concedido a “licença” de forma discricionária, ela passará a gozar da mesma definitividade das licenças ambientais vinculadas, não podendo o órgão licenciador simplesmente revogar o ato senão por inegável interesse público (cf. tópico 3.2.6), sob pena de gerar uma enorme e indesejável insegurança jurídica com o consequente desestímulo aos investimentos necessários ao país e ao bem-estar dos cidadãos. Assim, as “licenças” ambientais concedidas de forma discricionária ficam sujeitas às mesmas hipóteses de extinção aplicáveis às licenças concedidas de forma vinculada (previstas no art. 19 da Resolução CONAMA 237/1997). Mais uma vez se revela a natureza híbrida e inovadora do licenciamento, licenças e autorizações ambientais.

Por último, não deve o órgão licenciador, jamais, deixar de cumprir com o princípio da motivação,¹²⁵ que o obriga a fundamentar a decisão autorizadora do empreendimento, quando esta não for a orientação dos estudos ambientais, como também a opção por uma dentre várias outras alternativas ambientalmente viáveis sugeridas pelos estudos ambientais.

Relevante firmar que, embora exista um certo consenso doutrinário no sentido de que os estudos ambientais não vinculam a decisão do órgão licenciador, é certo que seus pareceres e conclusões, por óbvio, não devem ser menosprezados,¹²⁶ até porque, se eles fossem meramente ilustrativos, nem seria preciso despende tempo e recursos vultosos nesta etapa.

Álvaro Luiz Valery Mirra, partindo do princípio de que o EPIA – e aqui acrescentamos a avaliação de impacto ambiental, no geral – dá a base para o órgão ambiental decidir e motivar o ato de concessão ou indeferimento da licença, argumenta que, “sempre que o administrador público decidir de maneira divorciada da solução proposta no EIA, ele terá de motivar a decisão e expor as razões que o levaram a optar por solução diversa”.¹²⁷

No mesmo sentido, Antonio Herman Benjamin vislumbra o EPIA/RIMA (e consequentemente os demais estudos ambientais) como “um verdadeiro freio da atividade discricionária do Estado em matéria ambiental”¹²⁸ que exige “uma motivação explícita ou implícita da decisão administrativa, na busca da decisão ótima em termos de proteção do meio ambiente”.¹²⁹

¹²⁵ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ensinam que “o princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. ‘Motivar’ significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados. Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicá-los, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido” (*Processo administrativo*, p. 58).

¹²⁶ Na opinião de Luís Filipe Colaço Antunes, “a eficácia do acto autorizativo está precisamente em respeitar os resultados e os efeitos constitutivos do acto de ciência, do juízo técnico que conclui o procedimento de avaliação de impacto ambiental” (Ob. cit., p. 588).

¹²⁷ *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*, p. 99-100.

¹²⁸ *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*, p. 68.

¹²⁹ Idem, ibidem, mesma página.

É dizer que, embora o administrador não esteja vinculado absolutamente às conclusões dos estudos, não está também absolutamente liberado de considerá-los em sua decisão. Os estudos ambientais devem, realmente, ser um subsídio para o órgão ambiental, que confrontará as questões técnicas com as políticas, econômicas e sociais para encontrar a “melhor” decisão.

A lição de Antonio Herman Benjamin, neste particular, é também irretocável, ressaltando que

“o EIA não aniquila, por inteiro, a discricionariedade administrativa em matéria ambiental. O seu conteúdo e conclusões não extinguem a apreciação de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, como, por exemplo, na escolha de uma entre múltiplas alternativas, optando, inclusive, por uma que não seja a ótima em termos estritamente ambientais.¹³⁰ Tudo desde que a decisão final esteja coberta de razoabilidade, seja motivada e tenha levado em conta o próprio EIA”.¹³¹

Que não pareça, com tudo quanto dito acima, que atribuímos menor importância aos valores ambientais. Sabemos de sua contribuição ímpar para a manutenção da qualidade de vida e para a dignidade do ser humano. Apenas não estamos colocando o meio ambiente como uma *necessidade isolada*. A harmonização entre direitos de igual relevância exige *coexistência* e não *sobreposição*, o que leva, por vezes, a uma pequena redução das forças de cada qual. Eis aí, com toda clareza, o princípio da proporcionalidade, que o mestre Marçal Justen Filho tão bem delinea:

“Quando os diferentes interesses em atrito comportam equivalente tutela e proteção, a solução mais adequada é propiciar a realização conjunta – ainda que limitada – de todos eles. Introduzem-se limitações e reduções nos diferentes interesses, de molde a compatibilizá-los. Ainda que um interesse seja evidentemente mais relevante do que os demais, não se autoriza sua realização absoluta, se tal acarretar o sacrifício integral de interesses que comportam a proteção do direito. Tem-se de buscar, sempre, a solução que realize mais intensamente todos os interesses, inclusive na aceção de não produzir a destruição de valores de menor hierarquia.

O resultado poderá ser o sacrifício a interesses e a direitos, o que apenas será admissível quando tal for a única ou a menos nociva alternativa para realização conjunta dos diversos valores protegidos pelo direito.”¹³²

¹³⁰ Com efeito, a decisão do órgão ambiental pode não ser a melhor em termos ambientais (embora jamais possa ser a pior), mas deve ser a melhor para a coletividade levando em conta diversos outros fatores relacionados à qualidade de vida. Invocando mais uma vez Benjamin, “sopesar o meio ambiente não significa, em realidade, fazê-lo predominante. A decisão administrativa não se submete ao monopólio da preocupação ambiental. Seria sair de um extremo e ir para outro. É, pois, um esforço mais de *integração* do que de *dominação*” (Ob. cit., p. 68).

¹³¹ Ob. cit., p. 68.

¹³² Ob. cit., p. 61.