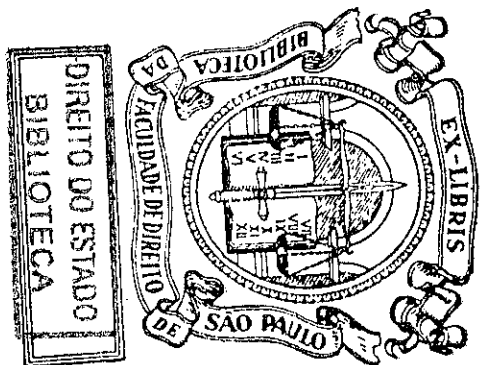




Interesse Público
REVISTA BIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO



ação rescisória, a revisão criminal, o *habeas corpus*, a ação declaratória de nulidade, a impugnação de que trata o CPC, art. 475-L, §1º, além dos embargos previstos no parágrafo único do art. 741 do CPC e o §5º do art. 884 da CLT. Muito importante lembrar que, a despeito da atual e injustificada resistência do STF,⁸⁸ na seara do controle abstrato de constitucionalidade, é possível utilizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental para atacar e desconstruir, de maneira concentrada, decisões judiciais transitadas em julgado.⁸⁹

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BERNARDES, Juliano Taveira. Coisa julgada inconstitucional e teoria geral do direito. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 161-190, mar/abr. 2010.

⁸⁸ O STF ainda não elucidou sequer a devida dimensão do princípio da subsidiariedade previsto no art. 4º da Lei nº 9.882/99. Do Plenário da Corte, há precedentes a entender ora (a) pela ampliação do alcance do princípio, de modo que a existência de qualquer meio judicial eficaz impede a utilização da ADPF (ver AgRg na ADPF 17/AP, bem como na ADPF 3/CE, no AgRg na ADPF 18/CE, na ADPF 12/Df, na ADPF 128/Df, na ADPF 157/Df, na ADPMc 155/PB e na ADPF 53/PI); ora (b) pela restrição da subsidiariedade só aos meios disponíveis no controle abstrato (ADPF 33/PA, ADPFMc 47/PA, ADPF 96/Df, ADPFMc 126/Df, ADPFMc 129/Df e ADPF 101/Df), ainda que feito por meio de Adin estadual, seja originariamente nos Tribunais de Justiça (ADPFMc 100/TJ), seja pela via recursal (interposição de RE contra o acórdão da Adin estadual: ADPF 111/SC). Daí se explicar a falta de por consequência, o STF tinha inadvertidamente negado seguimento a ADPFs autônomas ajuizadas contra decisões transitadas em julgado, simplesmente por entender que a ação não pode ser utilizada “como sucedâneo da ação rescisória” (decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPFMc 52/MA, DJU, 2 jun. 2006); não comporta pretensão rescisória (decisão monocrática da Min. Ellen Gracie na ADPFMc 69/RJ, DJU, 6 maio 2005), já que não “cabe a este instituto desconstruir coisa julgada” (decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski na ADPF 134/Df, DJe, 1º ago. 2008), nem pode assumir a função substitutiva de embargos à execução (ADPF 83/ES, Pleno, *Informativo STF*, n. 503/2008). Só recentemente houve algum avanço na jurisprudência do STF a respeito do assunto. O Plenário da Corte, ao julgar parcialmente procedente pedido formulado na ADPF 101/Df, declarou “inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de preceitos usados de qualquer espécie, aí incluídos os remodelados”. O avanço radicou em que a decisão desse precedente alcançou não só (a) as decisões pendentes de recurso, como também (b) os efeitos das decisões transitadas em julgado e que já fossem alvo de ação rescisória, com exceção daquelas “cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido seu objeto” (c) decisões judiciais, transitadas em julgado ou não, cujos conteúdos decisórios fossem “abertos” ou “dispostos de forma limitada para o futuro”.

⁸⁹ Como dito em obra específica (BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004), a ADPF (em sua modalidade autônoma) deveria ter sempre por alvo uma decisão judicial (transitada em julgado ou não), para tal efeito identificada como o ato do Poder Público do qual decorre a direta afronta ao preceito fundamental ou que não tenha sido capaz de afastar a lesão praticada por meio de outro comportamento. Nisso, a ADPF é similar à queixa constitucional alemã (*Verfassungsschwerdel*) e ao amparo constitucional espanhol, instrumentos que, na prática, se convertem em mecanismos de impugnação exclusiva de decisões judiciais, salvo nos casos em que o ordenamento jurídico não disponibiliza a via judicial. Nessa linha de raciocínio, embora o objeto “imediato” da ADPF radique no ato do qual partiu a concreta lesão ao preceito fundamental (i.e., numa decisão judicial), a constitucionalidade de atos e comportamentos outros é controlada de maneira “mediata” ou “indireta”, sob a alegação de que o ato judicial falhou quando lhes deu aplicação ou se negou a reconhecer que descumpriam preceito fundamental.

Atividades impactantes. Licenças e autorizações administrativas*

Maria Cristina Cesar de Oliveira

Professora de Direito Administrativo e de Direito Ambiental da UFPA. Mestre em Direito – Instituições Jurídico-Políticas. Doutora em Direito.

Palavras-chave: Autorização administrativa. Direito administrativo. Licenciamento ambiental.

Sumário: 1 Perigo, risco e direito – 2 O Direito Administrativo e a variável ambiental – 2.1 Ato autorizativo no Direito Administrativo – 2.2 Direito Administrativo e a dimensão ambiental – 3 Ato autorizativo no direito ambiental – 4 Consequências da revisibilidade ou do cancelamento da licença ambiental sem culpa do licenciado – 4.1 Premissas básicas – 4.2 Suportar o ônus. À quem deve caber? – 5 À guisa de conclusão

1 Perigo, risco e direito

O grande progresso da ciência e da tecnologia, aliado ao desenvolvimento da comunicação e da informação, tem promovido, em muitas áreas da vida social, a solução de graves problemas, mas, ao mesmo tempo, foram introduzidas novas espécies de riscos, até então desconhecidos.

O que se observa atualmente é que certos riscos podem apresentar configuração catastrófica e irreversível, visto que se inserem no contexto globalizado que baliza do mundo presente.

Nesse cenário, o conceito de risco pode ser definido em oposição ao de perigo. Segundo José Esteve Pardo,¹ o perigo tem causas naturais. Para dominar os perigos da natureza, o homem desenvolve grandes esforços.

Assim, surge a técnica que, como concebida por Ortega e Gasset,² consiste “en la reacción energética contra la naturaleza o circunstancia, que lleva a crear entre éstas y el hombre una nueva naturaleza puesta sobre aquella, una sobrenaturalidad [...] la técnica es la reforma de la naturaleza, de esa naturaleza que nos hace necesitados y menesterosos”.

* Palestra proferida no XXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Florianópolis, 10/2009.

¹ ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y derecho*. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1999. p. 29.

² *Mediación de la técnica*. Luis Washington Vita (trad.). Ibero-Americano, 1963.

Explica Pardo³ que a técnica gera riscos decorrentes da ação humana, mais ou menos consciente. São os riscos tecnológicos da pós-modernidade. Por seu turno, as sociedades desenvolvidas possuem mais condições de enfrentamento em face dos perigos da natureza e dos riscos tecnológicos, na maioria dos casos por elas mesmas criados. Já o mundo periférico, além de estar mais vulnerável aos perigos naturais, sofre, também, as consequências dos riscos tecnológicos que lhe engastam as sociedades industrializadas e ricas.

Dessa forma, a emergência da questão ambiental tornou possível a reflexão sobre a potencialidade de tais riscos gerarem efeitos negativos desconhecidos e inesperados. Essa incerteza engloba tanto as causas, muitas vezes sem consenso científico sobre elas, quanto os efeitos decorrentes, seja em relação aos sujeitos envolvidos, aos bens jurídicos atingidos, ao tempo e ao espaço de afetação, ou mesmo à projeção em efeitos secundários, mais ou menos perversos que os primários.

Diante desse panorama, o Direito não pode permanecer indiferente. Os riscos ambientais decorrentes da conduta humana vão constituir, cada vez mais, objeto das preocupações jurídicas e impor a formulação de novos paradigmas capazes de apresentar soluções, ainda que quase sempre revisáveis, às demandas apresentadas pela sociedade de risco.

Nessa perspectiva, a iniciar pela Constituição Federal, a proteção ambiental é contextualizada e elevada a direito fundamental, visto que sua finalidade última consiste na promoção da sadia qualidade de vida para a presente e as futuras gerações. Dessa forma, a variável ambiental passa a ter lugar significativo no conjunto de ponderações presentes nos procedimentos decisórios e a influir na configuração de outros direitos, também de envergadura constitucional, como o direito de propriedade e o da livre iniciativa.

A presença de uma nova ordem ambiental no sistema jurídico vai resultar em inovações e reconfiguração de diversos aspectos do direito vigente, ao abrigar uma disciplina afeta, entre outros aspectos, a direitos transgeracionais e interestaduais e à possibilidade de danos calamitosos. Essa singularidade da questão ambiental vai promover, inclusive, um repensar na configuração de premissas jurídicas clássicas, como as de sujeito de direito e de soberania.

³ *Técnica, riesgo y derecho*. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1999. p. 30.

2 O Direito Administrativo e a variável ambiental

Contudo, a questão do ambiente, embora inovadora e revolucionária, a exemplo da fixação de princípios jurídicos peculiares, como o da precaução e de procedimentos cautelatórios inovadores, como o do licenciamento ambiental, não pode fazer tábula rasa de todo um instrumental já anteriormente estabelecido pelo direito, em especial pelo Direito Administrativo.

Com efeito, o Direito Administrativo vai promover o desenvolvimento do Direito Ambiental, ao permitir que muitos de seus princípios e institutos clássicos sirvam de base conceitual e procedimental ao trato da disciplina do ambiente.

Por seu turno, a confluência entre essas duas áreas, visto que cada uma delas possui peculiaridades, vai implicar o surgimento de uma normatização, que, embora fundada em muitos pontos do Direito Administrativo clássico, dele se afasta para compor um subsistema pautado em coordenadas próprias.

A Administração Pública passa, então, a considerar e a conviver com outras áreas, como a ambiental que, embora de início e aparentemente desvinculada de seus institutos clássicos, vai com esses se conjugar e exigir uma diferente postura dos agentes políticos e gestores públicos perante as novas demandas que a sociedade contemporânea apresenta.

2.1 Atos autorizativos no Direito Administrativo

Nesse cenário de cruzamentos de regras e de princípios, um dos pontos de mais sensível mutação é o que se dá no plano dos atos administrativos, cuja função preventiva se destaca. Isso ocorre em razão de o controle do Estado sobre as atividades impactantes nos aspectos socioambiental, econômico, político e cultural invocar, de forma especial e necessária, a edição de atos e procedimentos do tipo “autorizativo”, nesses compreendidas as licenças e as autorizações administrativas.

Pela perspectiva clássica do Direito Administrativo brasileiro, a licença é considerada, consoante o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴ “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”.

⁴ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 432.

Já a **autorização administrativa**, é doutrinariamente definida por Celso Antônio⁵ como “o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo como regra, caráter precário”.

Dos conceitos acima expostos, pode-se observar, como foco distintivo na prática desses atos, a participação da Administração Pública com maior ou menor possibilidade de valoração de elementos de conveniência e oportunidade.

Em se tratando da licença tipicamente administrativa, esta se configura em ato vinculado, pois, uma vez preenchidos pelo interessado os requisitos legalmente estatuidos para o gozo do direito, o mesmo deverá obter do Poder Público a edição de um ato essencialmente declaratório de seu direito preexistente. A licença administrativa ao importar em reconhecimento de direito é, em princípio, irrevogável.

De outro lado, quando estivermos diante de uma autorização administrativa, caberá à Administração Pública realizar julgamento de mérito do ato para, em seguida, decidir se faculta o exercício da atividade requerida. Nesse caso, o ato é constitutivo e precário, podendo, assim, ser revogado a qualquer tempo e independentemente de indenização.

2.2 Direito Administrativo e a dimensão ambiental

Uma vez delineado o contorno dos atos autorizativos — licença e autorização —, incumbe perceber que configuração tais manifestações de vontade da Administração, quando trasladados para o Direito Ambiental, passam a sustentar. Entretanto, para a perfeita compreensão das novas figuras resultantes, necessário se faz destacar alguns aspectos que condicionam, diretamente, nessa mutação.

I Princípios próprios que se somam aos princípios gerais da Administração Pública

Em primeiro lugar, estão nos fundamentos da questão os princípios jurídicos da proteção ambiental. Esses princípios — precaução, prevenção, poluidor pagador, participação popular, responsabilidade dos Estados, desenvolvimento sustentável, dentre outros —, ao se conjugarem aos princípios da Administração Pública — legalidade, moralidade, impessoalidade publicidade, dentre outros —, vão condicionar a interpretação das regras jurídicas oriundas do Direito Administrativo, quando aplicadas ao Direito Ambiental, resultando em nova formatação.

⁵ *Op. cit.*, p. 432.

II Processo administrativo multipolar

O segundo ponto que merece destaque diz respeito ao fato de que, em **matéria ambiental**, há relações jurídicas que se travam envolvendo, em regra, não somente a Administração Pública e o sujeito ou os sujeitos diretamente interessados e destinatário da decisão administrativa, como também terceiros, quer aqueles diretamente impactados com os efeitos do ato autorizativo, quer os titulares do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Vasco Pereira da Silva⁶ observa que as relações multilaterais, embora não existam apenas no domínio do ambiente, é nessa área que elas se mostram, especialmente, problemáticas, e exemplifica: uma licença administrativa concedida a um poluidor representa uma vantagem para o beneficiário e um prejuízo para o vizinho atingido pelas emissões. Forma-se aí uma relação entre a Administração, o titular da licença e os titulares do direito fundamental lesado. Os particulares atingidos pela poluição no seu domínio privado, juridicamente protegido vão contestar, não o beneficiário da licença, mas contra a licença outorgada pela Administração.

Dessa composição, afirma Luís Filipe Colaço Antunes⁷, deriva o alargamento do processo administrativo ambiental com a participação dos novos legitimados. Ainda como consequência, amplia-se tanto o objeto da decisão administrativa, como o objeto do próprio processo administrativo ao agasalhar a tutela da posição jurídica dos terceiros, deferida normativamente. A essa pluralidade de efeitos, soma-se, também, a necessária expansão dos meios e prazos de publicidade dos atos procedimentais.

Com essa formulação, demonstra Colaço Antunes⁸ que fica superado o “entendimento clássico da relação jurídica poligonal, para quem a norma (poligonal) estabelecia uma relação incommunicante entre as partes: cabe agora a relação do terceiro com a Administração, do destinatário do acto com a Administração (relação de direito público), bem como aquela (que também se publicizou) que se estabelece entre o beneficiário-destinatário do acto e o terceiro”.

III Novas formas procedimentais – O licenciamento ambiental

Partindo-se da constatação de que “a Administração de risco e a incerteza técnico-científica que a caracteriza impõem uma espécie de cautelarização da

⁶ *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 274.

⁷ *Direito público do ambiente*. Diagnose e prognose da tutela processual da paisagem. Coimbra: Almedina, 2008. p. 116.

⁸ *Op. cit.*, p. 118.

atividade administrativa” e que, por consequência, “os requisitos da urgência e da precaução devem agora ser entendidos como elementos intrínsecos e constitutivos do interesse público”,⁹ os procedimentos administrativos na área ambiental, além da característica de multipolaridade, são integrados por exigências específicas e correlatas às premissas básicas de todo o arcabouço principiológico ambiental.

Nessa conjuntura, o processo administrativo de licenciamento ambiental¹⁰ surge como um dos mais significativos exemplos do modelo processual que se inaugura. Fortemente marcado pelo princípio da precaução, o processo não se volta ao objetivo final de edição de um ato licenciador, mas se reparte em vários percursos, cada qual mirando uma dada licença específica. Dessa forma, no licenciamento ambiental podem ser concedidas, sucessivamente, em regra, até três licenças: a licença prévia, a licença de instalação e, por fim, a licença de operação. Em cada um desses momentos, as circunstâncias ambientais são reavaliadas.

Destaque, ainda, no processo de licenciamento ambiental são as audiências públicas que, embora não vinculantes diretamente, exigem motivação da Administração ao rejeitar qualquer de suas conclusões. Com efeito, ensina Paulo Affonso Leme Machado¹¹ que a “Audiência Pública — devidamente retratada na ata e seus anexos — não poderá ser posta de lado pelo órgão licenciador, como o mesmo deverá pesar os argumentos nela expendidos, como a documentação juntada. Constituirá nulidade do ato administrativo autorizador — que poderá ser invalidado pela instância administrativa superior ou por via judicial — quando o mesmo deixar de conter os motivos administrativos favoráveis ou desfavoráveis ao conteúdo da ata e de seus anexos”.

⁹ *Op. cit.*, p. 121.

¹⁰ Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. “Art. 10 – O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas: I – Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida; II – Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade; III – Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistas técnicas, quando necessárias; IV – Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; V – Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente; VI – Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; VII – Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico; VIII – Definitivo ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade” (<<http://www.mma.gov.br/port/conama/ces97/res23797.html>>).

¹¹ *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 259.

Por outro lado, o procedimento a percorrer para a obtenção dessas licenças se compõe de atos, alguns marcados pela discricionariedade da Administração Pública, e outros nos quais a participação administrativa se dá com vinculação legal.

Em se tratando de licenciamento ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, nos termos da Constituição Federal, art. 225, §1º, inciso IV, a Administração Pública deverá exigir, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental (EIA), a que se dará ampla publicidade. O EIA, por se tratar de estudo multidisciplinar de alta complexidade, deve ser acompanhado de um Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), cuja linguagem deve ser acessível a todos os interessados.

É relevante observar que, com o EIA, instala-se dentro do procedimento de licenciamento ambiental um outro procedimento, ainda que não realizado pela Administração, mas por ela avaliado e que também requer participação popular. No direito brasileiro o EIA – RIMA é da responsabilidade do empreendedor e deverá conter certos requisitos definidos na legislação ambiental.

3 Atos autorizativos no direito ambiental

Em face das considerações até aqui desenvolvidas, fica claro que a matéria ambiental impõe-se como necessária para a compreensão da própria dinâmica da disciplina jurídico-ambiental, o reconhecimento de novas dimensões conceituais e categorias procedimentais, especialmente diante de procedimentos administrativos complexos, como os do direito ambiental.

A atuação administrativa fundada de modo linear no ato administrativo, por um lado, e, por outro, na posição jurídica do destinatário da decisão da Administração, já não subsiste às tarefas as quais a Administração é hoje chamada a desempenhar. Com efeito, as limitações teóricas do modelo bilateral de relações jurídico-administrativas não admitem a participação de outros sujeitos e o reconhecimento de seus respectivos direitos, tal como se verifica na questão ambiental.

Como explica Coláço Antunes,¹² “uma visão composta e poligonal do procedimento administrativo permite descobrir espaços conceituais e funcionais novos, no âmbito dos quais emergem fenômenos muitos relevantes para o direito administrativo do ambiente e a sua tutela jurisdicional”.

¹² *Direito público do ambiente*. Diagnose e prognose da tutela processual da paisagem. Coimbra: Almedina, 2008. p. 116.

Nessa circunstância, os atos administrativos autorizativos, quando aplicados ao direito ambiental tomam nova composição. Embora de mesma origem, não cabe ao jurista enfiar realidades distintas em compartimentos idênticos. As diferentes dimensões jurídicas necessitam de enquadramento próprio e definições específicas.

A licença é ato administrativo, gênero ao qual pertence a espécie licença ambiental, do mesmo modo que a figura jurídica do contrato é gênero do qual derivam espécies como o contrato civil, o contrato de trabalho e o contrato administrativo, dentre outras. E não se diga que o contrato administrativo não é realmente contrato, em razão de ser ínsita nessa modalidade contratual a existência de cláusulas exorbitantes.

Por outro lado, verifica-se que, para a concessão da licença ambiental, no curso do processo de licenciamento, ao lado da edição de atos vinculados que exigem do particular o preenchimento de certos requisitos e condições, é realizado juízo de oportunidade e conveniência, em cuja definição interfere uma gama de outros sujeitos públicos e privados. Nesse aspecto, a concepção da licença ambiental é híbrida quanto aos aspectos de vinculação e discricionariedade administrativa.

Sobre o tema, há que se considerar, ainda, a questão da chamada discricionariedade técnica. Como afirma Ulrich Beck,¹³ “a economia, a ciência, etc., ya no pueden por más tiempo fingir que no hacen lo que hacen: transformar las condiciones de la vida social, es decir, hacen política con sus métodos. Eso no es nada inaceptable, nada que se haya de ocultar ni esconder. Se trata de reconocer la transformación y el propio ámbito de actuación que ha abierto la propia modernidad”.

A partir dessa constatação, percebe-se que a decisão administrativa em sede ambiental, em regra, necessita de fundamentação não residente nos escaninhos jurídicos, mas proveniente das diversas áreas do conhecimento científico, fora do direito.

Na valorização pela Administração de riscos ambientais, em razão de atividades impactantes, nas quais o elemento tecnológico tem relevância, alerta José Esteve Pardo¹⁴ que “son dos los aspectos en los que se observan innovaciones. En primer término, es perceptible ya en el ordenamiento la superación de muchas instancias administrativas — particularmente las locales, con frecuencia competentes para el otorgamiento de autorizaciones — por la complejidad y nivel de conocimientos técnicos requeridos para decidir sobre ellas. Una doble vía se abre en estos casos: o bien se produce la entrada de una Administración superior, técnicamente más capacitada,

o bien se recaba la colaboración de un agente privado, experto en las materias, para que se pronuncie sobre el elemento técnico. En segundo lugar, se observa una tendencia a la sustantivación del elemento técnico. Tendencia que culmina en la formación de un procedimiento paralelo, desajado del que es propio y originario de la autorización, para decidir sobre los aspectos técnicos y de riesgo ambiental”.

Nesse sentido, a discricionariedade técnica pode ser observada na decisão licença ambiental, especialmente em se tratando de empreendimento com significativa potencialidade de degradação ambiental. Nesses casos, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) deve contemplar, à luz de análise científica multidisciplinar e de alta complexidade estranhas ao direito, todas as alternativas tecnológicas e localização, inclusive em confronto com a hipótese de não execução do projeto.

Por fim, uma vez outorgada a licença, terá o empreendedor direito garantido a sua fruição pelo prazo legalmente estabelecido, salvo, entretanto, ocorrência superveniente de riscos ao ambiente, situação em que caberá revisão dos termos da licença ou mesmo o cancelamento da mesma, conforme, inclusive, prevê o art. 19 da Resolução nº 237/97, do CONAMA.¹⁵

Observe-se, ainda, que na hipótese descrita, a não alteração ou o não cancelamento da licença, conforme o caso implicará que o empreendimento, até então legalmente facultado pela Administração, passe a ser degradador do meio ambiente, cabendo a responsabilização em todos os níveis, do empreendedor e da Administração, se omissa.

A licença ambiental tem, portanto, como peculiaridade a possibilidade de revisão de seus termos ou mesmo o seu cancelamento, tendo em vista a alteração das circunstâncias que autorizaram sua concessão.¹⁶

¹³ Resolução CONAMA nº 237/91/2/97. “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” (<<http://www.imma.gov.br/port/conama/res/res237/res23797.html>>).

¹⁴ OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. *Princípios jurídicos e jurisprudência socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 111. Sobre o tema, é importante referir o Acórdão emitido pelo Tribunal no Processo C-157/96, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial, dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177 do Tratado CE, pela High Court of Justice, Queen’s Bench Division (Reino Unido). Em síntese, destaca a decisão: a) as incertezas quanto à existência ou alcance de riscos não são obstáculos para que instituições tomem medidas de proteção, independentemente da plena demonstração da realidade e da gravidade de tais riscos; b) a política, visando um nível de proteção elevado, tem por fundamento os princípios da precaução e da ação preventiva; c) as exigências, em matéria de proteção, devem ser integradas nas demais políticas comunitárias; d) a decisão fundada no princípio da precaução pode ser adotada a título de medida de emergência e fível, apenas transitoriamente, uma proibição; e) pode haver necessidade de aprofundamento científico, de novas informações e estudos, o que poderá levar à revisão da decisão, após análise do conjunto da situação; f) tendo em vista a gravidade do perigo e a urgência da questão, a tomada de decisão no sentido de impedir determinada atividade, a título transitório e enquanto mais amplas informações científicas são investigadas, não é desautorizada e nem viola o princípio da proporcionalidade.

¹⁵ *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. M^{rs} Rosa Borrás (trad.). Barcelona: Paidós, 2006. p. 370.

¹⁶ ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y derecho*. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1999. p. 84-85.

O direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, não pode ser efetiva ou potencialmente degradado em proveito de interesses particulares. Diante dessa possibilidade, deverá o Poder Público, em primeiro lugar e sempre que possível, rever os termos e as exigências previstas na licença concedida e adotar medidas capazes de solucionar o problema. Contudo, em face da ineficácia de medidas saneadoras e reparadoras, não terá a Administração outra alternativa, senão a de cancelar a licença concedida ou, se já decorrido o prazo de validade, não mais renová-la.

Entretanto, não somente em razão de possíveis novos impactos ambientais negativos poderá ocorrer a revisão da licença. Descobertas científicas podem conduzir à conclusão de que algumas exigências feitas ao empreendedor não mais se justificuem. Nessa situação, caberá a revisão dos termos da licença, inclusive requerida pelo beneficiário, para que a Administração ajuste os compromissos exigíveis, desonerando o particular.

Os diversos interesses públicos e privados envolvidos, a natureza substancial, difusa e frágil do bem ambiental e a dinâmica de mutação da ciência e da tecnologia, determinam, à semelhança dos contratos administrativos, a possibilidade de revisão, ao mesmo tempo que impõem a necessária garantia de segurança jurídica.¹⁷

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ que “o princípio da boa-fé, da lealdade e o da confiança legítima, tanto como o da segurança jurídica, têm aplicação em todos os ramos do Direito e são invocáveis perante as condutas estatais em quaisquer de suas esferas: legislativa, administrativa e jurisdicional”.

O Direito Administrativo contemporâneo, inclusive pela influência do Direito Ambiental, já não pode mais ser pensado como “direito de colisão” entre interesses públicos e interesses privados, mas como a qualidade de “direito da distribuição”¹⁹ à luz do bem público, de interesses privados perante a Administração, pois a atividade econômica, além de gerar benefícios diretos ao empreendedor, deve promover vantagens à coletividade.

4 Consequências da revisibilidade ou do cancelamento da licença ambiental sem culpa do licenciado

Para análise das consequências da revisibilidade ou do cancelamento da licença ambiental, é necessário que se tenha em vista duas premissas básicas.

¹⁷ GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL, 2008. v. II, p. 323.

¹⁸ *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 177.

¹⁹ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 276.

4.1 Premissas básicas

I Em primeiro lugar, é indiscutivelmente que a *proteção do bem ambiental, considerado em sentido macro, ou em sua conformação micro*,²⁰ deve constituir prioridade inarredável do Estado e da coletividade. A satisfatória qualidade de vida, tanto da presente, como das futuras gerações, é exigência para a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

II Em segundo lugar, é pacífico que os empreendedores não podem oferecer oposição às justas modificações impostas pela Administração Pública, no exercício da função de tutela ambiental.

Segundo Bernard-Frank Macera,²¹ o dever de respeitar o ambiente pode ser considerado um limite objetivo, intrínseco e natural, da liberdade de empresa, derivado do próprio exercício da atividade empresarial e que deve estar orientada teleologicamente. Tal finalidade, contudo, não se reduz a um puro “economicismo”, mas deve ter em vista a realização do bem comum e integrada à solidariedade intergeracional.

Assinala Carla Amado Gomes²² que “todas essas atividades são fulcrais para a obtenção de níveis crescentes de bem-estar econômico e social, essenciais, por seu turno, à realização da justiça social, objetivo máximo do Estado Social de Direito. Por paradoxal que pareça, estas mesmas atividades, porque geradoras de riqueza, são também essenciais para que o Estado atinja um nível de estabilidade financeira que lhe permita ter preocupações ambientais”.

III No direito brasileiro, a Constituição Federal lado das garantias constitucionais a um ambiente são e ecologicamente equilibrado agasalha como fundamental o desenvolvimento econômico. Nessa síntese ponderada, a Constituição brasileira aponta para o *desenvolvimento sustentável*, ao elencar no art. 170, entre os princípios da ordem econômica, a livre concorrência, a propriedade privada e a defesa do meio ambiente.

4.2 Suportar o ônus. A quem deve caber?

Suportar o ônus. A quem deve caber? Essa circunstância faz surgir uma questão polêmica: a quem incumbirá suportar o ônus das alterações? Caberá ou não ao particular alguma indenização em face de alteração ou de revogação da licença concedida?

²⁰ OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. *Princípios jurídicos e jurisprudência socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 63.

²¹ *El deber industrial de respetar el ambiente*: análisis de una situación pasiva de derecho público. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 110.

²² GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente, em especial os actos autorizativos ambientais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 47.

Nesse tópico, a doutrina é bastante conflitante. Assim, vejamos:

Parte dos juristas entende não ser devida qualquer indenização ao empregador, tendo em vista a precariedade do ato. Para esses autores, como inexistir no direito brasileiro o direito adquirido a poluir e havendo risco ao ambiente é dever do particular paralisar o empreendimento sem que haja qualquer ressarcimento pelo investimento realizado. Em regra, os doutrinadores que advogam essa tese defendem que a licença ambiental possui natureza jurídica de autorização administrativa, em sentido estrito.

Contudo, como assegura Canotilho,²³ ao direito de todos à proteção ambiental corresponde o dever de todos de suportar os encargos decorrentes. E afirma o professor de Coimbra: “A defesa do ambiente é uma tarefa *solidária* e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns a favor de outros. Era esta, de resto, a dimensão fundamental do clássico princípio da igualdade perante os encargos públicos.”

Segundo a tese da justa repartição dos encargos públicos, a forma de compensação do particular pode ser apreciada de vários modos.

I Possibilidade de indenização por ato lícito da Administração ou indenização paracontratual, segundo a teoria da imprevisão

À luz do direito português, Carla Amado Gomes²⁴ apresenta dupla perspectiva de interpretação relativamente à possibilidade de indenização. No primeiro enfoque, o dever de ressarcir decorre da responsabilidade da administração por ato lícito, em casos em que o prejuízo sofrido pelo particular seja especial e anormal.

Assim, nos casos em que o período de vigência do ato autorizativo seja suficiente para garantir a amortização dos investimentos realizados e até mesmo certo lucro, não há que se falar em indenização. Diferente será quando a revogação se der em momento próximo ao do início da vigência da licença. Aqui a indenização deverá ser concedida, pois a revogação se dá para a proteção dos bens ambientais, cujo interesse na proteção é de natureza pública e ao particular com o prejudicado.

A citada professora portuguesa²⁵ observa, num segundo caminho do direito lusitano, que, se considerada a natureza “contratualizada” da licença

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 105.

²⁴ GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL, 2008. v. II, p. 79-80.

²⁵ *Op. cit.*, p. 322-323.

ambiental, esta permite, em face da estar afeta a interesses particulares do empregador, mas também a interesses difusos e coletivos (ambientais e sanitários), que a Administração, equitativamente, suporte os custos da atualização da licença concedida quando desses resultar um desequilíbrio insustentável. Nesse caso, a indenização teria natureza paracontratual aos moldes da prevista nos contratos públicos e fundamentada na teoria da imprevisão.²⁶

II “Delimitação do conteúdo de propriedade geradora de compensação”

Examinando criticamente caso concreto da jurisprudência portuguesa — o caso da *Quinta do Taipal* —, Canotilho²⁷ oferece a seguinte solução: “A ‘delimitação do conteúdo’ constituirá uma ‘restrição do direito geradora de compensação’ quando a medida delimitadora-restritiva tiver um peso económico significativo na esfera jurídico patrimonial do proprietário.”

Nessas circunstâncias, deverá haver o reconhecimento a um direito à indenização pelos sacrifícios decorrentes da limitação, que deve levar em consideração, entre outros fatores, a duração do encargo e os danos sofridos.²⁸

No caso concreto, entretanto, a questão de verificar se a delimitação-restritiva determina impacto significativo na economia do particular, capaz de gerar compensação pecuniária ou se se está diante apenas da delimitação de um vínculo socioecológico da propriedade, insuscetível, portanto de indenização, é tarefa, em última instância, transferida para o Poder Judiciário, sempre que houver omissão do legislador.

²⁶ No direito brasileiro, relativamente aos contratos administrativos, a Lei de Licitações e Contratos prevê expressamente a possibilidade de indenização quando houver alteração contratual por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento. Nos termos da Lei nº 8.666/93, caberá ressarcimento e indenização aos contratados nas seguintes hipóteses: §4º do art. 65: “No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.” Art. 78 Constituem motivo para rescisão do contrato: XII — razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; §2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I — devolução de garantia; II — pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III — pagamento do custo da desmobilização.”

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 98.

²⁸ *Op. cit.*, p. 109.

III Soluções à luz do Direito espanhol

Bernard-Frank Macera,²⁹ com fundamento na legislação espanhola, distingue quando a revogação de atos autorizativos pela Administração importa, ou não, em expropriação de direito. Distingue alguns casos de revogação sem culpa do empreendedor e atribui consequências distintas para as diversas situações que delimita.

A primeira hipótese é a da *revogação por ilegalidade superveniente*. Nesse caso, podem ser cogitadas duas situações: a) revogação em face de alteração legislativa ou de modificação do ordenamento administrativo determinado por uma Administração distinta daquela responsável pela autorização; e b) revogação pela alteração dos fatores iniciais que autorizaram a outorga. Aqui, nem o empreendedor, nem a Administração deram ensejo às mudanças. Entende Macera que não cabe indenização, pois a possibilidade de mudança de circunstâncias fáticas deve entrar no conjunto dos riscos a serem assumidos por aquele que se dispôs a desenvolver tais atividades. Já no segundo caso, a ilegalidade tem origem na alteração legislativa ou na modificação do ordenamento administrativo determinado por uma Administração distinta daquela responsável pela autorização. Nesse contexto, a alteração pode ser imputada a um sujeito determinado — inclusive ao legislador — circunstância que implica a possibilidade de indenização do particular, fundada no princípio da responsabilidade.

Em segundo lugar, Bernard-Frank Macera assinala a possibilidade de *revogação em razão de alteração dos critérios de avaliação da Administração autorizadora*. Nesse caso, a Administração, dentro dos limites legais de discricionariedade, revê os marcos de compatibilidade e pertinência entre a atividade licenciada e o interesse público e decide retirar do mundo jurídico a licença já concedida. Essa hipótese, ainda que resultante de prerrogativa legítima, configura autêntica expropriação do direito de liberdade de empresa e, em consequência, enseja o dever da Administração Pública de indenizar o empreendedor.

IV Expropriação e revogação indenizável

Cabe, ainda, examinar a seguinte hipótese: se da alteração imposta pela Administração resultar, para o proprietário, indisponibilidade do bem em sua

²⁹ *El Deber industrial de respetar el ambiente: análisis de una situación pasiva de derecho público*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 144-145.

totalidade ou de parte dele, deverá a Administração expropriar,³⁰ total ou parcialmente a propriedade, garantindo ao particular indenização que, em regra, será justa, prévia e em dinheiro. Assim deverá ocorrer, por exemplo, se, por motivos supervenientes de defesa do equilíbrio ecológico, houver necessidade de área já licenciada ser transformada em Reserva Biológica, por exemplo.³¹

É o caso, no direito positivo brasileiro, das Áreas de Proteção Integral, previstas na Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 — SNUC.³²

É de ser registrado que Celso Antônio Bandeira de Mello,³³ mesmo na licença para construir, a qual não se confunde com a licença ambiental, sustenta a possibilidade da utilização do instituto da desapropriação, sempre que razões de interesse público demandem revisão capaz de afetar relação jurídica já constituída, resultando em lesão de direito. No caso, uma vez concedida a licença e já iniciada a construção, deverá a Administração expropriar o direito de construir, garantindo ao expropriado a indenização prévia, nos termos da lei.

Também pela ótica exclusiva do Direito Administrativo, mas com perfeita aplicação no Direito Ambiental, Daniele Talamini³⁴ sustenta, com fundamento nos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da boa-fé, que “o particular que estabelece um vínculo com Administração não pode ficar sujeito às sucessivas alterações nas ações e decisões do Poder Público, razão pelas quais as modificações que provoquem sacrifícios injustos ensejam proteção ao lesado”.

Nesses casos, os princípios da segurança jurídica e da boa-fé não geram para o particular um direito adquirido à imutabilidade das situações, mas garantem a composição dos prejuízos injustamente sofridos pelo mesmo, em face de compromissos concretos assumidos e desfeitos pelo Poder Público e da necessária seriedade que deve presidir as decisões da Administração.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 105.

³¹ O Prof. Canotilho, no caso da *Quinta do Taipaí*, também, oferece a solução de desapropriação em relação a terrenos que devem ser transformados em área de proteção ambiental (*Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*). Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 105).

³² Diz o art. 8º da Lei nº 9.985/2000: “Art. 8º – O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de conservação: I – Estação Ecológica; II – Reserva Biológica; III – Parque Nacional; IV – Monumento Natural; V – Refúgio de Vida Silvestre”. As três primeiras são de posse e domínio público, sendo desapropriadas as áreas particulares situadas em seus domínios. Já o monumento Nacional e o Refúgio da Vida Silvestre podem ser constituídos por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com o uso feito pelos proprietários, caso contrário as áreas serão desapropriadas (<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/LEIS/19985.htm>>).

³³ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 451-452.

³⁴ *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237.

Em conclusão, sustenta a referida administrativista³⁵ que, nas condições acima, o dever de ressarcir não se dá pelo desfazimento antecipado do ato administrativo, mas pelos prejuízos resultantes das despesas já realizadas para a frustrada concretização do empreendimento. E completa: a indenização não há que cobrir o que o interessado deixou de lucrar a exploração pretendida.

5 À guisa de conclusão

Em face do exposto e examinado e da conjugação de todos os fatos enfocados, pode-se, à guisa de conclusão, definir a licença ambiental nos seguintes termos:

- ato administrativo resultante de um processo administrativo multilateral e complexo, por meio do qual a Administração Pública,
- fundada em critérios de razoabilidade e proporcionalidade e no conhecimento atual sobre o estado da ciência e da tecnologia e,
- considerando a intensidade e a extensão dos riscos efetivos ou potenciais que uma dada coletividade entende como tolerável de suportar,
- valora os diversos interesses e direitos fundamentais em colisão, e
- decide qual a alternativa mais prudente para o planejamento, a instalação e a operação de determinado empreendimento, ambientalmente impactante.

Relativamente ao dever de indenizar, esse é cabível sempre que a alteração ou o cancelamento da licença não estiver situado no âmbito da função socioambiental da propriedade ou da atividade econômica e gerar danos insuperáveis ao empreendedor.

No caso, a indenização deverá cobrir os danos emergentes, em homenagem ao princípio da solidariedade, em razão do interesse, também, social da atividade econômica, mas não incluirá os lucros cessantes, visto que estes estão inclusos na área econômica do empreendedor, como riscos normais do negócio.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. Atividades impactantes. Licenças e autorizações administrativas. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 191-206, mar/abr. 2010.

³⁵ Op. cit., p. 236.