XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

LUIS RENATO VEDOVATO

FERNANDO ANTONIO DE CARVALHO DANTAS

ANDREAS KRELL

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Luis Renato Vedovato, Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-090-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Ambiental. 3. Socioambientalismo. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Ambiental e Socioambientalismo II, do XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Belo Horizonte entre os dias 11 a 14 de novembro de 2014, na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), na Fundação Mineira de Educação e Cultura (Universidade FUMEC) e na Escola Superior Dom Helder Câmara.

O Congresso teve como temática Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. A escolha do tema foi pertinente em razão do momento histórico nessas primeiras décadas do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização e da nova fronteira dos direitos humanos, mormente diante da atuação empresarial pouco sustentável, muitas vezes citada nas apresentações, que impõe uma série de novos desafios ao Direito. Os diversos casos de danos ambientais concretizados por ação ou omissão (tanto do Estado quanto dos agentes particulares) configuram um enorme número de dificuldades e desafios para as diversas teorias e doutrinas no ambito do Direito e levam a obstáculos mais complexos a serem vencidos.

O Grupo de Trabalho (GT) Direito Ambiental e Socioambientalismo tem por objetivo refletir sobre temas como a proteção de bens e direitos ambientais nas sociedades contemporâneas. Para tal fim, deve ser adotado o modelo do desenvolvimento sustentável para os presentes e as futuras gerações por meio do Direito, que continua representando um importante instrumento de regulação social. O Direito Socioambiental baseia-se em novo paradigma de desenvolvimento e democracia capaz não apenas de promover a sustentabilidade ambiental, mas também a social, contribuindo para a redução da pobreza e das desigualdades ao promover valores como equidade e justiça social, bem como a superação dos limites do sistema jurídico proprietário e individualista. Os bens socioambientais são essenciais para a manutenção da vida em todas as suas formas (biodiversidade) e de todas as culturas humanas (sociodiversidade), tais como os direitos de coletividades (povos, culturas, minorias, grupos

sociais). Por vezes, eles não são valoráveis economicamente e não passíveis de apropriação individual, mas imprescindíveis apara a preservação e manutenção da vida (meio ambiente sadio, patrimônio cultural, conhecimentos tradicionais, entre outros).

Como resultado de uma grande ambiência de atividades de pesquisa desenvolvida em todo o país, foram selecionados para este GT trinta artigos relacionados ao tema, os quais integram esta obra. Nas apresentações dos trabalhos foram propostos novos paradigmas a serem construídos, para os quais o novo constitucionalismo sul-americano oferece novos caminhos que permitem a passagem do antropocentrismo para o ecocentrismo, numa relação simbiótica entre seres humanos e natureza. Os trabalhos se relacionam diretamente com a ementa apresentada, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantém entre si afinidade científica, favorecendo sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida em blocos temáticos, sendo todos relativos ao Direito Ambiental e ao Socioambientalismo. Numa análise específica de cada artigo, é possível fazer as seguintes considerações, a começar pelo primeiro que tem o título de (Re)pensar a humanidade e a natureza: a crise ecológica no pensamento moderno ocidental, de autoria de Ana Carolina A. J. Gomes, cujo trabalho debate a posição da humanidade na proteção ambiental. Em seguida, o trabalho intitulado A apropriação da natureza pelo marketing imobiliário em Salvador (BA), no contexto de uma sociedade de risco ambiental, de Rafaela C. de Oliveira e Juliana C. de Oliveira, que segue na mesma linha do debate sobre o repensar do antropocentrismo.

Na sequência, com conteúdo relevante, foram apresentados artigos instigantes e muito bem desenvolvidos com os títulos: A eficácia das multas administrativas ambientais frente ao controle do Poder Judiciário, de Sidney C. S. Guerra e Patricia da S. Melo, relatando a problemática da eficácia das sanções nessa área; A Encíclica Papal `Louvado Seja Sobre o Cuidado da Casa Comum´ e o Direito Ambiental: uma discussão sobre a ecologia integral, alteridade e a proteção intergeracional do meio ambiente, de Fabiana P. de Souza Silva e Carolina C. Lima, focando no papel do ser humano no aquecimento global a partir do documento do Vaticano; A efetiva função da propriedade: a socioambiental, de Marcia A. Bühring, trazendo debate relevante sobre a função social da propriedade para a proteção ambiental; A tutela coletiva do bem ambiental como garantia das gerações futuras ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de Mariana S. Cunha e Silvia de A. A. Portilho, que também avança no debate intergeracional; Políticas de educação ambiental na América Latina: aportes e desafíos para um diálogo interconstitucional, de Felipe M. Bambirra e Saulo de O. P. Coelho, construindo a proteção ambiental mediante uma visão que parte dos dispositivos de diferentes textos constitucionais; Responsabilidade civil do Estado pela

contaminação das águas: diálogo entre Brasil, Argentina e Itália, de Wanderlei Salvador e Alexandra F. S. Soares, para superar o debate nacional apenas da proteção ambiental; Um estudo comparativo teórico entre a proteção ambiental europeia por meio do principio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais e a proteção ambiental brasileira, de Mithiele T. Rodrigues e Malu Romancini, trazendo elementos de integração econômica para a proteção ambiental e o socioambientalismo; Tecnociência e participação: uma análise das influencias das audiencias públicas nas decisões do STF sobre questões técnicas, em especial na ADI 3510, de Reginaldo Pereira e Robson F. Santos, que traz uma acurada análise dos votos dos ministros no julgamento sobre a constitucionalidade da Lei da Biossegurança.

Além de tais artigos, o GT avança em torno do tema central dele e do próprio Congresso, com grande qualidade e profundidade. Outros artigos assim foram apresentados, tais como: Sustentabilidade, perspectivas e desafíos para a inserção do sujeito com consciencia ecológica , de Emmanuelle de A. Malgarim, que retoma temas dos trabalhos anteriormente apresentados, com exemplos concretos; Sobre a crise ambiental e a função do Direito como mediatizador, de Moisés J. Rech e Renan Z. Tronco, que busca analisar o papel intermediário do Direito entre natureza e ser humano, a partir de um estudo de autores da Escola de Frankfurt; Responsabilidade civil do Estado pela concessão de licença ambiental, de Carinna G. Simplício e Clarice R. de Castro, que traz elementos para os deveres concretos do Estado nas suas diversas ações de proteção ambiental e tem ligação direta com o trabalho A crise ambiental e a sociedade capitalista, de Bárbara R. Sanomiya.

Os trabalhos avançaram para serem trazidos os seguintes artigos: Princípio da prevenção no Direito Ambiental e inovação apresentada pela Lei 11.079/04 no tratamento da licença ambiental prévia nas Parcerias Público-Privadas, de Lorena P. C. Lima, que identifica algumas contradições entre a prática e a regulação; Reflexividades ambientais sobre biotecnologia e risco químico: aportes sistémicos para a efetivação dos `novos direitos´ na contemporaneidade, de Luís M. Mendes e Jerônimo S. Tybusch, indicando preocupações por a sociedade de consumo, com os riscos cada vez maiores no cenário de despreocupação com a proteção, especialmente, em face dos agrotóxicos; Princípio da precaução e compatibilização entre a tutela ambiental trabalhista e o direito ao desenvolvimento econômico, de Rodrigo M. C. da Costa e Vanessa L. do Nascimento, trabalhando o conceito de precaução como presente em todo o Direito Ambiental e importante para frear excessos das empresas, inclusive no campo do meio ambiente do trabalho; Manejo florestal comunitário no cenário amazônico brasileiro: as normas para extração madeireira por populações tradicionais sob a perspectiva de justiça em Nancy Fraser, de Jéssica dos S. Pacheco, que traz, a partir de autores estrangeiros e nacionais, o tema da compatibilização do

crescimento econômico com o uso sustentável dos recursos naturais, analisando as principais normas de controle da extração madeireira; Programa Bolsa Floresta: políticas públicas e pagamento por serviços ambientais, de Erivaldo C. e Silva Filho e Nayara de L. Moreira, que analisa a dualidade do art. 225 CF, que trata o direito ao ambiente como direito e, ao mesmo tempo, como dever, demonstrando a necessidade do Estado induzir ações ambientais como a Bolsa Floresta.

Na segunda parte das apresentações, houve uma complementação do debate, sendo trazidas reflexões sobre temas pontuais com bastante profundidade científica. No artigo Nexo causal e responsabilidade civil ambiental, de José Adércio L. Sampaio, é evidente a sua atualidade, já que o conceito do nexo causal é um dos temas mais importante no âmbito da responsabilidade civil, havendo ainda muitas duvidas de seu correto entendimento na doutrina e na jurisprudência pátrias, o que tem levado a grandes dificuldades na responsabilização dos entes públicos e dos agentes economicos.

Logo a seguir, no artigo Novo marco regulatório da mineração e a CFEM: será que vai melhorar?, Érika C. Barreira ressalta a necessidade de repensar a distribuição dos recursos arrecadados na base da Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais, com a preocupação sobre os impactos decorrentes da atividade; com o texto O desenvolvimento intercultural: uma proposta de economia sociobiodiversa como direito humano dos povos indígenas, desenvolvido por Tiago R. Botelho e Thaisa M. R. Held, traz-se uma relevante contribuição a partir de elementos teóricos e práticos, especialmente na realidade do Estado do Mato Grosso do Sul, defendendo-se a participação dos índios para a sociobidiversidade; em Noções elementares da avaliação ambiental estratégica: uma análise didático-científico, Heloise S. Garcia e Ricardo S. Vieira conseguem mesclar elementos interdisciplinares para expor um conteúdo de grande importância para o estudo do Direito Ambiental, especialmente a dependência e relação entre Estado e empresas potencialmente causadoras de impactos ambientais.

No trabalho Legislação ambiental brasileira e a valoração de bens ambientais no Estado de Santa Catarina, Liliane Núncio e Cristiane Zanini também expõem elementos interdisciplinares para a melhor compreensão do debate ambiental e sua interface com as várias vertentes do conhecimento, fazendo relação com a tragédia acontecida em Mariana (MG), em novembro de 2015; com o trabalho A validade jurídica de acordos de pesca fora de áreas protegidas: uma análise do setor Capivara, no Município de Maraã (AM), de Marcelo P. Soares e Juliana de C. Fontes, é possível apreciar o viés de sustentabilidade do Direito Ambiental a partir de um acentuado problema socioambiental da região; de maneira semelhante, o texto A tradição no Estado Socioambiental: um olhar acerca da proteção da

vida, de Fernanda L. F. de Medeiros e Giovana A. Hess, que versa sobre o conceito de tradição na modernidade reflexiva e questiona a permanência no mundo atual de festivais religiosos ou folclóricos que atentam contra os direitos dos animais.

Na sequência, destacam-se textos também de alta qualidade, a começar por Danos decorrentes de mudanças climáticas e responsabilidade estatal, de Paula C. da L. Rodrigues e Jussara S. A. Borges N. Ferreira, debatendo as mudanças climáticas e suas consequências, além da análise da regulação acerca do tema, tanto internacionalmente como no plano interno. No artigo Competência legislativa do Município em matéria ambiental : o caso das sacolas plásticas, Wilson A. Steinmetz e Susanna Schwantes discutem a legalidade e constitucionalidade de leis municipais que disciplinam o uso de sacolas plásticas, apresentando decisões judiciais dos Tribunais de Justiça de RS e de SP sobre o assunto; ao final, no artigo, Responsabilidade pressuposta por danos ambientais como instrumento de justiça socioambiental, Vaninne A. de M. Moreira examina o instituto da responsabilidade civil, estudando danos ambientais com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e analisando a adoção da teoria da responsabilidade pressuposta como forma de justiça socioambiental.

A elevada intensidade dos debates no GT demonstrou a importância dos temas levantados e apresentados pelos pesquisadores e pelas pesquisadoras do grupo. Assim, é com muita satisfação que apresentamos à comunidade jurídica a presente obra, que certamente servirá como referência para futuras pesquisas sobre os temas levantados e as reflexões aqui presentes.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2015

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas

Prof. Dr. Luís Renato Vedovato

Coordenadores

PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL E INOVAÇÃO APRESENTADA PELA LEI 11.079/04 NO TRATAMENTO DA LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

PRINCIPLE OF PREVENTION IN ENVIRONMENTAL LAW AND INNOVATION PRESENTED BY LAW 11.079/04 NO LICENSE PRIOR ENVIRONMENTAL TREATMENT IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS

Lorena Pinheiro Costa Lima

Resumo

O princípio da prevenção destaca-se como principal norteador das ações protetivas do meio ambiente, posto que, uma vez ocorrido o dano ambiental, raramente se poderá retornar ao status quo ante. De fato, todas as ações humanas provocam algum tipo de degradação, porém, aquelas que ocasionem um maior nível de deteriorização ambiental, por força de lei, devem ser precedidas de licenciamento, justamente para avaliar previamente os possíveis danos do empreendimento. Todavia, sob o véu dos interesses econômicos, a Lei federal nº 11.079/04, em seu artigo 10, VII, em claro retrocesso político e econômico na proteção ambiental, autoriza a postergação do licenciamento.

Palavras-chave: Princípio de prevenção, Licenciamento, Parceria público-privada

Abstract/Resumen/Résumé

The precautionary principle stands out as the principal guiding the protective actions of the environment, given that, since the environmental damage occurred, rarely can return to the status quo ante. In fact, all human actions cause some kind of degradation, however, those which entail a higher level of environmental deterioration, by law, must be preceded by licensing, precisely to previously evaluate the possible venture damage. However, under the veil of economic interests, the Federal Law No. 11.079 / 04, article 10, VII, on clear political and economic backwardness in environmental protection, authorizes the licensing of postponement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precautionary principle, Licensing, Public-private partnership

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, ante a imperatividade da ideologia positivista, fundamentada na crença exacerbada no poder do conhecimento científico, os princípios jurídicos foram considerados tão-somente premissas, nortes, uma mera carta de intenções e, portanto, desprovidos de conteúdo normativo vinculante,sem auto-aplicação. Dava-se importância aos preceitos e determinações contidas na lei em sentido estrito, ou melhor, nos dispositivos, conforme nomenclatura utilizada por Humberto Ávila (2009).

Esse positivismo jurídico produziu o legalismo acrítico, do qual se serviram os regimes autoritaristas, cujo ápice encontra-se na Segunda Guerra Mundial, onde crimes bárbaros foram cometidos contra a Humanidade, todavia em consonância com a lei e com a ordem jurídica posta.

A desilusão com o positivismo abre espaço para reflexões acerca da ética e da função social do Direito, originando-se daí ao ideário denominado como pós-positivismo, segundo o qual se estabelece uma relação entre valores, princípios e regras, passando-se a incluir na hermenêutica constitucional o reconhecimento da normatividade aos princípios, permitindo-se, desta feita, uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

Tal mudança de paradigma foi tão feroz que atualmente percebe-se, não poucas vezes, a preponderância dos princípios em relação à lei positivada que, diante das limitações factuais, não possui o condão de alcançaras situações mais variáveis e imprevistas em dispositivos legais.

Nas palavras de Humberto Ávila, cujo livro “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos” é uma referência sobre o assunto aqui tratado, “a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*” (ÁVILA, 2009, p. 23). Os princípios nesta nova ordem jurídica mundial alcançam o *status* de norma, eivados de auto-aplicabilidade e imperatividade.

Para o estudo e o desenvolvimento do direito ambiental, a utilização dos princípios jurídicos assume patamar ainda mais expressivo, na medida em que as demandas relacionadas ao meio ambiente envolvem questões coletivas, não abrangidas pelas normas positivadas, cujo sistema operou-se para a lógica do dano, do resultado, prevalecendo a regra da prevenção, posto que, o dano, uma vez ocorrido, torna-se irreparável, sendo extremamente inviável o retorno ao *status quo ante*.

Desta feita, três grandes princípios passam a reger o Direito Ambiental, o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador e o princípio da responsabilidade social.

Por intermédio deste estudo, pretende-se abordar o princípio da prevenção no direito ambiental, voltando-se de forma mais específica ao procedimento de licenciamento ambiental como instrumento de concretização da proteção ao meio ambiente, analisando-se ao final as inovações trazidas pela lei federal nº 11.079 de 30/12/2004, Lei de Parceria Público-Privada, que ao permitir a substituição da licença prévia ambiental por "diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento" em licitações, estaria postergando o momento da realização do licenciamento, de forma a permitir a aprovação de empreendimentos sem a efetiva atenção ao princípio da prevenção.

1 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO: CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

Princípios são espécies de normas, que de acordo com lição de Humberto Ávila (2009), não se resumem aos textos nem o conjunto deles, mas dizem respeito aos sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. As normas são resultado da interpretação das regras e dos princípios postos.

Princípios são, nas palavras de Ávila (2009, p.78/79):

> [...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

De acordo com lição de Andreas J. Krell (2013, p. 182), em que pesem os avanços das normas principiológicas, é imperioso que sua interpretação, para aplicação em casos concretos, dê-se de forma metodicamente correta, não sendo admissível um julgamento subjetivo dos conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais pelo aplicador.

O termo prevenir, etimologicamente, origina-se da palavra latina *praevenire*, de *prae*-antes, mais *venire*, vir, tendo por significado antecipar, perceber previamente, chegar antes (FERREIRA, 2004, p. 1.629).

O princípio da prevenção, assim, traduz em sua principal significação a ideia ínsita de antecipar-se, chegar antes, de ação que impede a ocorrência de um mal, de tomar medidas antecipadas contra algo ou alguém. É esse o sentido que essa palavra vai ser empregada no Direito Ambiental.

Para a maioria da doutrina, o princípio da prevenção caracterizar-se-ia por ser um mega-princípio do Direito Ambiental, na medida em que toda atividade humana é

potencialmente causadora de perigo ou risco de lesão ambiental, razão pela qual se exige do homem uma atuação cautelosa e racional em relação ao meio ambiente, de forma a não só afastar o perigo, mas também tomar medidas prévias ao perigo(TEIXEIRA, 2008, p. 173).

Na lição de J. J. Canotilho (2007, p. 44), o princípio da prevenção implica na adoção de medidas previamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas são bem conhecidas, com o fim de evitar a verificação desses danos ou, pelo menos, de minorar significativamente seus efeitos.

De acordo com Michel Prieur (apud SILVA, 2007, p. 66), princípio da prevenção consiste em impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através de medidas preventivas adequadas, antes da elaboração de um plano ou da realização de uma obra ou de uma atividade.

O princípio da prevenção passa a existir normativamente, em âmbito internacional, com a edição da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, que prevê nos princípios 2 e 6 a preservação ao meio ambiente e a proibição de descarga de substancias tóxicas não neutralizáveis pelo meio ambiente. Leia-se.

> Princípio 2:Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.
> Princípio 6:Deve-se por fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais que liberam calor, em quantidades ou concentrações tais que o meio ambiente não possa neutralizá-los, para que não se causem danos graves e irreparáveis aos ecossistemas. Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a poluição

Ainda se tratando da legislação internacional pode-se citar também o art. 14.1, “d”, da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, aprovada pelo Decreto legislativo nº 02 de 1994, na qual se estabelece Avaliação de Impacto e Minimização de Impactos Negativos, segundo a qual cada parte contratante, na medida do possível e conforme o caso, deve notificar imediatamente os Estados que possam ser afetados por esse perigo ou dano, assim como tomar medidas para prevenir ou minimizar esse perigo ou dano.

Neste mesmo sentido, pode-se citar o Acordo-Quadro sobre o Meio Ambiente do MERCOSUL, segundo o qual os Estados deverão aprofundar a análise dos problemas ambientais da sub-região, com o objetivo de prevenir, controlar e mitigar os impactos

ambientais nos Estados, com especial atenção às áreas fronteiriças (BRASIL, Decreto nº 5.208 de 17 de setembro de 2004, art. 6º, “j”).

No âmbito da legislação interna, a Constituição Federal de 1988, prevê no seu artigo 225, *caput*, ser direito de todos meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever tanto do Poder Público, quanto da coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, estabelecendo nos demais parágrafos a busca por medidas preventivas para a preservação dos ecossistemas.

Em institutos infraconstitucionais, existem previsões no art. 2º, da Lei 6.938/81, que trata da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e no art. 1º da Lei federal nº 11.105/2005, Lei de Biossegurança, que apesar de tratar expressamente do princípio da precaução, pode ser também aplicável para a prevenção.

É válido trazer à exposição a existência de expressa previsão do princípio na Constituição do Estado do Amazonas de 1989 que nos artigos 230 e seguintes prevê a instituição de plano de proteção ao meio ambiente pelo Estado e pelos Municípios, prescrevendo as medidas necessárias à prevenção de ações lesivas ao patrimônio ambiental. E nos seguintes dispositivos institui:

Por sua vez, a Lei Orgânica do Município de Manaus, em ênfase local, também propõe nos artigos 286, I, III e IV, e 288 a observância ao princípio da prevenção como uma prioridade.

Após esse breve apanhado do arcabouço legal que regulariza a aplicação do princípio, convalidando-o em regras, descrevendo condutas objetivas e delimitadoras de situações comprovadamente maléficas ao meio ambiente e à manutenção de seu equilíbrio, segue-se à análise do instituto do licenciamento ambiental, ferramenta de concretização do princípio destacado.

2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

A responsabilidade pela preservação do meio ambiente é competência de todos, mas em especial do Poder Público, primeiro e principal destinatário das normas jurídicas.

É dever do Estado fiscalizar e observar as normas postas, não se podendo admitir sua tolerância com condutas infringentes da legislação e dos valores postos com irregularidades

causadoras de danos ao meio ambiente, valendo-se para tanto do poder de polícia. Neste sentido, cita-se a lição de Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 1585):

> Para preservar o meio ambiente, a Carta de 1988 determinou aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a realização de *encargos inadiáveis* (art. 225, §1º, I a VII).
>
> Mas, de todos, o Executivo merece destaque, pois a efetividade do direito ambiental depende, em grande parte, do poder de polícia e do poder regulamentar da Administração.
>
> Administrar é, sobretudo, aplicar a lei de ofício e, também, praticar atos de concretização constitucional, individualizando a norma ao caso concreto.
>
> Daí exsurgem o *poder de polícia* – que se traduz numa correspondência genérica da Administração para limitar direitos e condicionar o uso de bens -, e o poder regulamentar – que consiste na faculdade de o Chefe do Executivo explicitar a lei para sua correta execução, provendo, se preciso for, situações que não foram disciplinadas pelo Poder Legislativo.

Essa obrigação maximiza-se quando de trata do cuidado com o meio ambiente, tendo a Constituição Federal imposto ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, nos termos do artigo 225, *caput*, do CRFB/88.

O Poder Público dispõe de diversos instrumentos para a concretização do princípio da prevenção ambiental, podendo-se citar a elaboração de leis pelo Poder Legislativo, as tutelas judiciais, de alçada do Poder Judiciário, dentre as quais se citam as tutelas antecipadas e preventivas, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, dentre outras.

Já na esfera Administrativa, têm-se estudos prévios de impacto ambiental; relatórios de impacto ambiental; "eco auditorias"; combate na fonte (eliminação ou redução da poluição em suas origens); licenças ambientais (implantação, instalação, execução) decorrentes do processo de licenciamento ambiental, objeto de análise deste estudo enquanto instrumento de efetivação do princípio da prevenção.

Cumpre esclarecer, inicialmente, a impropriedade em que incorreu o Poder Legislativo ao denominar o ato e o processo administrativo aqui tratado, respectivamente, como “licença ambiental” e “licenciamento ambiental”, quando na realidade tratar-se-ia de espécie de autorização.

De acordo com lição de Carvalho Filho (2013, p. 142), a licença administrativa é um ato vinculado, por meio do qual se confere ao interessado o consentimento para o desempenho de certa atividade, exercendo, assim, o Poder Público seu poder de polícia fiscalizatório.

Por sua vez, a autorização “é o ato administrativo pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem púbico no seu próprio interesse”

(CARVALHO FILHO, 2013, p. 144). A autorização difere-se da licença por ser um ato discricionário, na medida em que a Administração pode avaliar os critérios conveniência e oportunidade; e precário, podendo ser revogado a qualquer tempo, sem indenização do particular.

A polêmica diz respeito justamente ao caráter vinculado e definitivo de que se reveste a licença, posto que, uma vez preenchidos os requisitos legais pelo interessado, passa o mesmo a ter direito subjetivo à sua obtenção, não podendo a Administração negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, "uma vez expedida traz a presunção de definitividade" (MEIRELLES, 2013, p. 198).

No caso da licença ambiental, ato administrativo por excelência, criou-se uma figura *sui generis*, pois, em que pese sua denominação como licença, possui características de autorização, posto que ao final do processo de licenciamento ambiental a licença poderá, ou não ser concedida pela Poder Público, estabelecendo a lei também prazo de validade às licenças, confirmando a indefinitividade do ato.

Leme Machado (2013, p. 322) utiliza tanto o termo licença quanto autorização ambiental, e cita o disposto no art. 170, parágrafo único da Constituição onde se emprega a expressão "autorização", concluindo que "o sistema de licenciamento ambiental passa a ser feito pelo sistema de autorizações, conforme entendeu o texto constitucional". E assim, conclui:

> [...] Não há na "licença ambiental" o caráter de ato administrativo definitivo; e, portanto, com tranqüilidade, pode-se afirmar que o conceito de "licença", tal como conhecemos no Direito Administrativo brasileiro, não está presente na expressão "licença ambiental".
>
> [...] O conceito de "licenciamento ambiental" tem vida prória, independente do conceito de "licença", expressão utilizada na Direito Administrativo.

Apesar da existência dessa incoerência, a doutrina condicionou-se a manter a terminologia legal. Neste sentido, colaciona-se entendimento de Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2013, p. 22):

> Por se tratar de expressão mais usual e conhecida, optamos por utilizar licenciamento ambiental ao longo desse trabalho para definir o processo de concordância do Poder Público com as obras ou atividades condicionadas à aprovação do Estado, embora, em muitas hipóteses, não se trate de uma licença na concepção administrativista da palavra, mas de autorização [...].
>
> Ao tempo que representa um dos mais importantes instrumentos para a garantia da qualidade de vida das presentes e futuras gerações, o licenciamento

> ambiental é, também, um dos maiores pontos de discordância e polêmica, em função de uma injustificável omissão legislativa.

Esse esquema binário no qual se discute a classificação dos atos como autorização ou licença já não se aplica, na medida m que foi pensado para um Direito positivo mais simples que o vigente, havendo uma maior flexibilidade nas normas ambientais, ante a maior discricionariedade dos órgãos públicos ambientais (KRELL, 2013, p. 167-168).

Superada essa discussão doutrinária, é por meio da Lei federal nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981 que o licenciamento ambiental é instituído como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, autorizando a Administração Pública a exercer o necessário controle sobre as atividades capazes de causarem interferência nas condições normais do meio ambiente.

Dezesseis anos mais tarde, em 19 de setembro de 1997, com a edição da Resolução nº 237 do CONAMA, definiu-se o licenciamento ambiental como o:

> procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras dos recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso (BRASIL, CONAMA, Resolução nº 237, art. 1º, I).

Mais recentemente, a Lei Complementar nº 140[1], de 8 de dezembro de 2011, no seu art. 2º, inciso I, vem conceituar licenciamento ambiental como "procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental".

O licenciamento ambiental, segundo Antunes (2014, p. 191 e 195), constitui-se de um conjunto de licenças que se sucedem no tempo, de acordo com o atendimento dos requisitos apostos à licença, estando diretamente relacionado com o exercício de direitos constitucionalmente assegurados cujo exercício somente será lícito se respeitados os limites da licença ambiental concedida.

Sua principal finalidade é "licenciar atividade ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, isto é, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os

[1] A Lei Complementar nº 140/2011 regulamenta o disposto nos incisos III, VI e VII do *caput*e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, e fixa as normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera (MACHADO, 2013, p. 320-321).

Esse instrumento também tem por escopo a observância aos princípios da sustentabilidade e da prevenção aos danos causados por atividades humanas poluidoras, visando ainda permitir o diálogo entre todos os interessados, de forma ampla, preventiva e pró-ativa, na medida em que atualmente, as políticas atinentes à preservação ambiental buscam a transversalidade das questões que perpassam a questão ambiental, tendo por finalidade o compartilhamento da responsabilidade pela conservação ambiental.

O licenciamento ambiental, nos termos previstos pela legislação, é de fundamental importância, de forma que, em caso de sua inobservância para a instalação e ou funcionamento de atividades subordinadas ao devido processo de licenciamento ambiental, ficam sujeitas ao enquadramento nas esferas administrativa, cível e criminal, na medida da responsabilidade das partes envolvidas (FARIAS, 2007, p. 21).

Ademais, diante da sua transversalidade e interdisciplinaridade, o licenciamento ambiental não se restringe aos operadores do direito, mas envolve outros profissionais tais como agrônomos, antropólogos, arquitetos, biólogos, desenhistas industriais, economistas, engenheiros, sociólogos, médicos e urbanistas (FARIAS, 2007, p. 22), confirmando a máxima de Paulo Afonso Leme Machado (2013, p. 122), de que: “sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção”.

A fim de que alcance seu propósito, o licenciamento ambiental necessita, ser prévio, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 237/97 do CONAMA.

> Resolução nº 237/97 do CONAMA, Art. 2º- A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de **prévio licenciamento** do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

Além de preventivo, o sistema de licenciamento ambiental deve ser contínuo, e não pontual, como se dá na prática, ante o excesso de atividades para os órgãos ambientais, bem como pelos entreves burocráticos que circundam o processo. No entanto, somente haverá efetiva eficácia a partir de um real controle do desempenho da atividade licenciada (ANTUNES, 2014, p. 196).

Desta feita, perde a razão de ser o licenciamento posterior à implementação da obra ou da atividade.

3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E AS INOVAÇÕES APRESENTADAS PELA LEI 11.079/04 NO TRATAMENTO DA LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Constituição Federal estabeleceu cinco princípios norteadores da Administração Pública brasileira, cujas ações devem observar as leis, de forma impessoal e moral, sem ocultar seus atos do público, operando com eficiência. É, portanto, nesse viés que se cria um sistema de licenciamento ambiental com o desígnio de, em observância ao Capítulo VI da Constituição Federal, controlar as atividades que possam causar dano ao meio ambiental, visando minimizar qualquer possível lesão (MACHADO, 2013, p. 333-334).

Qualquer atividade humana, em maior ou menor grau, repercute ambientalmente, razão pela qual, certas atividades potencial ou sabidamente poluidoras, sujeitam-se à aprovação prévia do Estado.

A legislação ambiental, em sua maior parte e por muito tempo, preocupou-se em obrigar tão-somente os particulares à apresentação de estudos e licenças ambientais para o desenvolvimento de suas atividades, olvidando-se daquelas exercidas pelo próprio Estado, que ao realizar obras e serviços públicos,em regra de grandes proporções, atua como agente de degradação ambiental.

Neste sentido, digna de citação é a lição de José Joaquim Gomes Canotilho (2007, p. 115) ao resumir as formas como o Estado pode ser responsabilizado pela realização de danos ambientais:

> **Pelo menos três formas de participação estatal na destruição ambiental podem ser identificadas**. De um lado, o Poder Público causa degradação direta do meio ambiente – é o Estado empreendedor; ele próprio envolvido, sozinho ou em associação, na construção de empreendimentos degradadores, como hidrelétricas, hidrovias, rodovias, aeroportos, portos e assentamentos rurais (=**Estado degradador-agente**). Entretanto, na maioria dos casos o papel do Estado é mais discreto, na modalidade de degradador indireto, p.ex., quando comissivamente apoia ou legitima projetos privados, seja com incentivos tributários e crédito, seja com a expedição de autorizações e licenças para poluir (=**Estado degradador-conivente**). Uma terceira modalidade de degradação ambiental estatal, também enviesada e dissimulada, só que por omissão, aparece quando o Estado despreza ou cumpre insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização a aplicação da legislação ambiental (=**Estado degradador-omisso**). (grifo nosso)

A legislação pátria infraconstitucional não previa expressamente uma obrigatoriedade ao Estado, enquanto empreendedor, de realizar estudos ambientais ou licenciamento prévio, apesar do disposto no art. 225 da Carta Maior. É somente com a Lei federal nº 8.666/93, Lei de Licitações, em seu art. 6º, IX, que, de forma tímida, se determina a garantia à viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, sendo forçosa a necessidade de licenciamento prévio da atividade objeto da licitação de uma obra ou serviço potencialmente poluidor.

Inexiste, destaque-se, qualquer embasamento para que não se exija o licenciamento ambiental de uma determinada obra simplesmente pelo simples fato dela já ser pública, sendo a licença ambiental um requisito para o planejamento, a construção e o funcionamento de atividades potencial ou efetivamente poluidoras independentemente da titularidade dos envolvidos (FARIAS, 2007, p. 64). Neste sentido, afirma Machado (2009, p. 334) que "pra que o licenciamento tenha chance de ser eficiente, precisa não ser preconceituoso e imparcial."

Assim, o licenciamento ambiental prévio é manifestação da autoridade ambiental realizada na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 266).

Em 30 de dezembro de 2004, edita-se a Lei federal nº 11.079/04, denominada lei das Parcerias Público Privadas, importante instrumento para a concessão de serviços em que o ônus do investimento para a consecução de serviços públicos é elevado, em valores superiores a vinte milhões de reais[2].

Na forma do art. 2° da Lei n° 11.079/2004, a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Na primeira, o parceiro público recebe uma contraprestação da Administração, além da percepção da tarifa do usuário do serviço;na segunda, o Poder Público é o fruidor direto ou indireto da atividade concedida e remunera o parceiro-privado (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 65-67).

Diferentemente da Lei federal nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, a

---

[2] Lei federal nº 11.0179/04, art. 2º, § 4º: É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

Lei federal n° 11.079/2004 avança ao condicionar a abertura da licitação à existência de licença ambiental prévia. No entanto, retrocede ao autorizar a substituição da licença prévia por "diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento", nos termos do inciso VII do art. 10, criando uma brecha à regra da obrigatoriedade da realização de licenciamento prévio.

A justificativa para tal exceção dar-se-ia pelo fato de que nem sempre o parceiro-público teria condições de, antes de escolhido o parceiro-privado, promover o licenciamento da obra ou da atividade.

É que, a rigor literal, a Lei n° 11.079/04 prevê a possibilidade do instrumento convocatório da parceria não vir acompanhado de seu *projeto básico* - ao contrário do que acontece nas contratações e concessões comuns, em que a Administração deve, necessariamente, elaborá-lo e disponibilizá-lo no edital -, facultando sua apresentação pelo próprio parceiro privado. Transcreve-se a esse respeito o comentário de Ribeiro e Prado (2010, p. 268-269):

> [...] o principal objetivo das PPPs é a produção de ganhos de eficiência na prestação do serviço, que beneficiem o usuário e o Poder Público. [...] se se requeresse a licença ambiental prévia como condição para a realização de licitação de PPP, perder-se-ia a possibilidade de realizar licitação baseada em *elementos* do projeto básico. Essa possibilidade, como já notamos, é extremamente importante para aumentar o espaço para a geração de eficiência.

Entendem alguns doutrinadores não ser razoável, sob o ponto de vista da economicidade e da garantia constitucional à livre concorrência, solicitar licenciamento ambiental prévio de todos os concorrentes à licitação, sobretudo devido aos gastos decorrentes da elaboração de estudos ambientais, contratação imediata de técnicos e/ou consultores para a elaboração dos projetos ambientais, pagamento de taxas aos órgãos de fiscalização, dentre outros aspectos econômicos.

Averigua-se que a preocupação do legislador direciona-se quase exclusivamente aos lucros e em defesa de uma suposta eficiência econômica, deixando de considerar que o atual Estado Democrático, fundamentado numa ordem global, exige que o desenvolvimento econômico esteja combinado com defesa do patrimônio ambiental.

A ausência de licenciamento prévio à licitação pública de grandes obras amplifica o poder discricionário do Ente público, que nessas situações deixa de ser órgão fiscalizador e passa a ser empreendedor, ficando a seu mercê a escolha do formato que considerar mais

adequado à contratação do serviço, sem o prévio conhecimento das condições ambientais envolvidas e estudo dos possíveis danos a serem ocasionados.

Seria a mera indicação pelo parceiro-privado de uma viabilidade técnica para licenciamento ambiental da atividade degradante do meio ambiente suficiente para atender ao princípio da prevenção e ao procedimento legalmente previsto de licenciamento?

O inciso I, do art. 8º, da Resolução 237/97 do CONAMA determina que a Licença Prévia seja concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

Da forma como permitido pelo art. 10, VII, da Lei federal nº 11.079/04, a licitação para a escolha do parceiro privado exclui o licenciamento prévio, amplia a opção política e discricionária do Ente Público, que decide quanto à melhor alternativa para a realização da licitação.

Utilizando-se do termo "anarquia ambiental", apresentado por Paulo de Bessa Antunes, Andreas Krell, ao apreciar a extensão material dos conceitos indeterminados inseridos nos textos das leis ambientais no Brasil, apresenta a seguinte conclusão sobre a legislação ambiental:

> Constata-se que, no Brasil, são poucas as regras materiais sobre o licenciamento as diferentes áreas setoriais da proteção ambiental (aguas, ar, solo, florestas, biodiversidade, biossegurança etc.) que estão assentadas em leis parlamentares. A grande maioria delas integra os textos de atos normativos editados pelo Executivo dos diferentes entes federativos (decretos, resoluções, portarias) ou de normas produzidas por entidades privadas, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou a Associação Internacional parara Padronização (ISO).
>
> É essa "anarquia ambiental" causada pela "falta de preceitos formalmente definidos" que, segundo Antunes, "se expressa na inexistência de normas, estudos e projetos, fazendo com que o meio ambiente fique refém do administrador de plantão, que passa a definir critérios de proteção ambiental baseando-se unicamente em suas percepções da realidade que, quase sempre, não encontram amparo em estudos científicos ou em normas legais". Essa falta generalizada de regras claras e previamente estabelecidas faz com que exista uma considerável margem decisória que permite aos órgãos ambientais "tanto dificultar como simplificar o licenciamento ambiental de um determinado empreendimento e acordo com os interesses econômicos, pessoais, políticos e religiosos dos seus dirigentes" (KRELL, 2013, p. 173).

Apesar da aclamação do dispositivo apresentado no art. 10, VII, da Lei federal nº 11.079/04por parte da doutrina administrativista, trata-se de um verdadeiro atentado contra as normas de proteção ao meio ambiente.

Afinal, em que consistiriam essas “diretrizes para o licenciamento ambiental”? Trata-se de termo amplo e genérico, não havendo regulamentação do dispositivo nem interpretação doutrinária ou jurisprudencial que estabeleçam com devem ser elaboradas essas diretrizes.

O Legislativo, ao desincumbir-se da função de regulamentar mais detalhadamente os conceitos abertos e vagos empregados na legislação referente à matéria ambiental, deixam ao alvedrio do Poder Executivo largo campo de conformação, conflitando, por vezes, com o princípio da reserva legal. (KRELL, 2013, p. 171).

Sobre as dificuldades práticas que envolvem a matéria, cita-se o comentário realista de Maurício Ribeiro[3] (2014, p. 2-4):

> Nos últimos anos, nas oportunidades que tenho de me manifestar em público sobre os problemas mais comuns na modelagem de concessões e PPPs, tenho mencionado a distância entre aquilo que é detectado e tratado nos estudos técnico e a forma como isso se reflete na modelagem econômico-financeira e sobretudo na modelagem do contrato de concessão ou PPP. Por exemplo, nos estudos de viabilidade de um dado projeto de infraestrutura, ocorre dos estudos socioambientais detectarem passivos socioambientais relevantes, mas nas planilhas do estudo de viabilidade econômico-financeira, não se encontra qualquer referência a custos para lidar com esses passivos [...].
>
> Essa dissociação entre estudos técnico-ambientais, modelagem econômico-financeira e minuta de contrato de concessão ou PPP é consequência da complexidade da tarefa de desenvolvimento de estudos de viabilidade de projetos de concessão, que requerem coordenação e interação entre as equipes de especialistas dessas áreas. Como muitas vezes os especialistas e os coordenadores do projeto como um todo têm pouca experiência em estruturar projetos desse tipo, eles simplesmente não percebem a necessidade de compatibilizar os detalhes dos estudos técnico-ambientais, com os detalhes da modelagem econômico-financeira do contrato.
>
> [...]
>
> Mesmo um operador do direito que, preocupado em cumprir adequadamente as duas funções, tente se socorrer da literatura sobre o tema, provavelmente não terá sorte. [...] Esse operador do direito não encontrará porém nos livros de comentários à Lei de PPP ou em qualquer outro livro de direito administrativo qualquer pista sobre como devem ser tratados os riscos ambientais em contratos de concessão e PPP. E, nos livros sobre direito ambiental, os aspectos relevantes para uma disciplina em contrato de concessão estão disseminados em diversas partes e capítulos diferentes do livro, o que tornará difícil o sucesso da sua empreitada de busca de referências para construir as cláusulas contratuais sobre risco ambiental.

Segundo Krell (2013, p. 157) é precisamente pela falta ou pelo pífio incremento de uma dogmática do interesse público no Direito Público brasileiro, bem como pela ausência de legislação específica para regulamentar de forma organizada e coesa as matérias de maior relevância para a sociedade, como o licenciamento ambiental, faz com que muitos juízes se

[3] Maurício Portugal Ribeiro é advogado especialista na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura.

sintam desamparados pela doutrina e jurisprudência e confirmem de maneira acrítica os atos lavrados pelos órgãos ambientais, ainda que estes relevem nível técnico-jurídico baixíssimo.

A indefinição legislativa acaba por criar lacunas e insegurança jurídica, posto que a obtenção de licença ambiental antes da licitação do contrato de concessão e do empreendimento, traduz, sem sombra de dúvidas, a verdadeira finalidade do instituto no que tange à proteção ambiental, mas também assegura às partes envolvidas na PPP conhecimento fidedigno dos custos envolvidos no cumprimento das condicionantes ambientais, tendo real conhecimento dos riscos ambientais a serem enfrentados e remediados (RIBEIRO, 2014, p. 7).

Os defensores do dispositivo justificam sua edição pela dificuldade de se cumprir as exigências legais ambientais na realização do licenciamento prévio à implementação do negócio (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 267). Contudo, verifica-se que esse tipo de argumento fundamenta-se em princípios econômicos e não de proteção ao meio ambiente.

Cumpre, no entanto, destacar, que o atendimento aos preceitos legais ambientais é uma exigência não apenas dos órgãos ambientais, mas da sociedade civil como um todo, bem como do próprio mercado, visando o licenciamento concretizar o denominado desenvolvimento sustentável, havendo, inclusive, previsão expressa no inciso VI do art. 170 da Constituição Federal, a defesa do meio ambiente com um dos princípios regentes da ordem econômica (FARIAS, 2007, p. 31 e 38).

Ora, o licenciamento ambiental é instituído e pensado para se alcançar a proteção do patrimônio ambiental, sendo um dever do Poder Público sua concretização, e, somente após verificar as condições ambientais envolvidas no empreendimento, terá condições reais de avaliar se os participantes adéquam-se às necessidades do empreendimento e detém as qualidades exigidas para se constituírem como parceiros do Ente Público.

Não faz sentido inovar-se constante e aleatoriamente o ordenamento jurídico, flexibilizando-se uma norma protetiva do meio ambiente para beneficiar os interesses econômicos de um pequeno grupo de pessoas envolvidas em contratos públicos de grande monta, em detrimento de toda a coletividade. Nem se pode admitir a derrogação ao particular da responsabilidade pela indicação do local a ser desenvolvido o empreendimento, e da responsabilidade pelo licenciamento ambiental do local do empreendimento, desvirtuando-se, assim, todo o sistema instituído para uma prevenção aos danos ambientais decorrentes de atividades sabidamente polidoras.

Digna de citação é a lição de Juarez Freitas ao estabelecer a necessidade de instituição de um novo modelo de Estado, voltado verdadeiramente à concretização dos preceitos da sustentabilidade.

> O novo modelo estatal só faz sentido se concretizar o princípio constitucional da sustentabilidade (...). Do contrário, será parasitário, burocrático, com baixa capacidade de investimento e de costas para as necessidades sociais e econômicas de longa duração, comportando-se como se fosse uma espécie exótica invasora. (FREITAS, 2011, p. 282).

Ao permitir, sob o argumento de permissão da viabilidade econômica, a substituição da licença previa ambiental por "diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento" em licitações, a lei federal nº 11.079 de 30/12/2004, Lei de Parceria Público-Privada, postergando o momento da realização do licenciamento, que deixando de ser prévio, deixa de atender ao princípio da prevenção.

Além disso, a lei deixa em aberto questões importantes, como: a indefinição quanto ao responsável pelo empreendimento; de quem será responsável pelo custeio dos estudos de impacto ambiental e respectivo licenciamento e consequentemente pelos riscos de passivos ambientais.

A bem da verdade, sabe-se ser o licenciamento ambiental no ordenamento pátrio, um procedimento longo e burocrático, decorrente de uma legislação prolixa e pouco prática. Todavia, não se apresenta a sua substituição por diretrizes como a melhor solução, apenas deixando ao casuísmo o estabelecimento dessas diretrizes, e adiando o problema para um momento futuro, momento este que pode já estar instaurada a degradação ambiental da área, afastando a possibilidade de prevenção do dano ambiental.

Há uma enorme complexidade legislativa, gerando conflitos de competência entre as licenças ambientais expedidas pelos diversos órgãos integrantes do SISNAMA, sendo imperiosa uma remodelação das funções dos estudos de impacto ambiental de forma a serem integrados todos os diferentes aspectos setoriais, o que permitiria a emissão de uma licença ambiental "concentrada" (KRELL, 2013, p. 168-169).

Da forma como proposta, a inovação trazida pela Lei das Parcerias Público-Privadas caracteriza uma inversão de valores, na qual o próprio Estado institui uma exceção desmedida, desvirtuando-se um instrumento primordial na defesa do meio ambiente, na medida em que se abalizada em interesses econômicos, sob a égide da busca pelo lucro.

Imperioso, portanto, repensar o instituto do licenciamento ambiental e o sistema que o regulamenta, de forma a se alcançar a concretude dos princípios informadores da Administração Pública.

CONCLUSÃO

O princípio da prevenção, no Direito Administrativo e no Direito Ambiental, estatui, com aplicabilidade direta, que o Poder Público, na certeza de que determinada atividade futura implicará dano injusto, encontra-se forçado a coibi-la, desde que no rol de suas atribuições e possibilidades orçamentárias. Dito às claras, presentes os requisitos, tem o dever incontornável de se antecipar e de agir preventivamente, sob pena de responsabilização (FREITAS, 2011).

O Estado pode impor, validamente, limitações à iniciativa privada sem ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa, sobretudo quando se trata de garantir o direito coletivo ao meio ambiente equilibrado em detrimento dos interesses financeiros de entidades particulares.

Não basta alegar lesão à economia ou a administração pública, não basta a busca pelo lucro, sem considerar a existência de lesão ao meio ambiente.

O Estado é responsável pela elaboração de legislação que cria regras para a conservação ambiental a todos, mas, por vezes, é o primeiro a deixar de atender à legislação posta, agindo de modo enigmático e obscuro, o que sequer permite a participação e discussão popular.

O licenciamento ambiental, um dos mais importantes instrumentos de salvaguarda da qualidade de vida ambiental para as presentes e futuras gerações, padece com as omissões e conflitos legislativos injustificados, lacunas estas preenchidas com inúmeras leis, resoluções, decretos, por vezes, eivados inclusive de inconstitucionalidade formal, numa verdadeira celeuma normativa.

Após a edição da Lei federal 11.079 de 30/12/2004, publicada no apagar das luzes do exercício legislativo, criou-se uma burla ao procedimento de licenciamento ao permitir a sua substituição pelo mero indicativo dos parâmetros e diretrizes para o licenciamento, sem especificar os conceitos e o procedimento a ser adotado no decorrer da licitação pública, incidindo inclusive no desrespeito ao princípio da reserva legal.

Não é aceitável que o Estado, sob o manto do suposto crescimento econômico, realize atividades, direta ou indiretamente, nocivas ao meio ambiente, ou que simplesmente repasse para o particular a responsabilidade pela realização de empreendimentos públicos, sem tomar para si a responsabilidade pela realização de um real processo de licenciamento ambiental, capaz de cumprir seus escopos e efetivamente prevenir danos ambientais decorrentes do empreendimento.

Trata-se, o disposto no inciso VII do art. 10 da Lei federal nº 11.079/04, de um retrocesso legislativo, político e econômico na proteção ao meio ambiente, estando em dissonância com os princípios da legalidade, do desenvolvimento sustentável e da prevenção ambiental.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 jul. 2014.

BRASIL. **Decreto n. 5.208 de 17 de setembro de 2004**. Promulga o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5208.htm>. Acesso em 20 jul. 2014.

BRASIL, **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em 13 ago. 2014.

BRASIL. **Lei Ordinária n.8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 05 ago 2014.

BRASIL. **Lei Ordinária n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.**Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 05 ago 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: **aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1.ed. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KRELL, Andreas J., **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano** (1972). Disponível em <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 10 ago. 2014.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Riscos ambientais em concessões e PPPs**. Publicado em 07/06/2014.Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/distribuio-de-riscos-ambientais-em-concesses-e-ppps>. Acesso em 04 ago. 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. 5.ed. Niteroi: Impetus, 2013.