

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO, DESENVOLVIMENTO URBANO E MEIO
AMBIENTE.

A SEGURANÇA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

IGOR RIGON

Itajaí-SC, Agosto de 2019.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO, DESENVOLVIMENTO URBANO E MEIO AMBIENTE.

A SEGURANÇA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

IGOR RIGON

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador (a): Professor (a) Doutor(a) Marcelo Buzaglo Dantas
Coorientador (a): Professor (a) Doutor(a) Maria Claudia Antunes de Souza

Itajaí-SC, Agosto de 2019.

*“Satisfeitos com o presente, evitemos preocupar-nos
com o futuro” (Michel de Montaigne)*

AGRADECIMENTOS

Sem dúvidas um especial agradecimento ao meu pai Olavo Rigon Filho, que tem uma carreira inspiradora, uma biblioteca valiosa e uma experiência que somente os mais próximos têm a honra de conhecer. Ao meu orientar professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas que, além de se tornar um grande amigo, trouxe-me ao lado acadêmico e me ditou os caminhos deste trabalho. E, por fim, especial agradecimento à Flora que está sempre do meu lado, minha mãe e meus amigos próximos pela compreensão e pela ajuda nos mais diversos momentos.

DEDICATÓRIA

A todos da Advocacia Olavo Rigon Filho que exercem diariamente a advocacia ao meu lado.

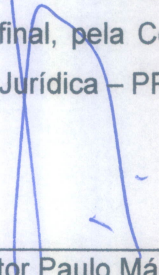
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, Agosto de 2019.

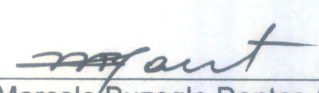
IGOR RIGON

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

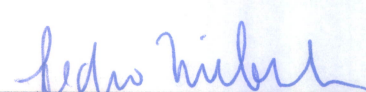


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

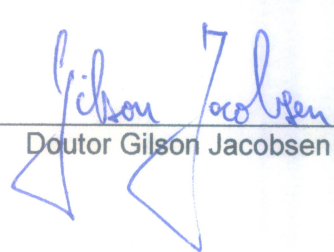
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) - Presidente



Doutor Pedro de Menezes Niebhur (UFSC) – Membro



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 29 de julho de 2019

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/2002	Código Civil de 2002
APP	Área de preservação permanente
CF/88	Constituição Federal de 1988
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONSEMA	Conselho Estadual do Meio Ambiente
EIA	Estudo de impacto ambiental
EPIA	Estudo prévio de impacto ambiental
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBio	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
LACP	Lei da ação civil pública
LAI	Licença ambiental de instalação
LAO	Licença ambiental de operação
LAP	Licença ambiental prévia
LPNMA	Lei da Política Nacional do Meio Ambiente
MP	Medida Provisória
MPF	Ministério Público Federal
NCC	Novo Código Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil
RIMA	Relatório de impacto ambiental
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
SNUC	Sistema Nacional de Unidades de Conservação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRF	Tribunal Regional Federal

ROL DE CATEGORIAS

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO: Interpretação lógica de pressupostos e categorias aplicadas para a construção de uma Teoria Geral do Direito sob tal referencial. Termo aplicado ao Direito Tributário desenvolvido pelo professor da PUC/SP e USP Paulo de Barros Carvalho¹.

DIREITO AMBIENTAL: Ramo do Direito Administrativo e Constitucional que estuda o Meio Ambiente com fundamento no art. 225 da Constituição Federal/88: *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

IMPACTO AMBIENTAL: Definição prevista no Artigo 1º da RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986: Considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.

LICENÇA AMBIENTAL: Ato administrativo formal vinculado e definido pelo qual o Poder Público concorda com determinada obra ou atividade após a verificação de que o interessado atendeu a todas as exigências legais.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL: Processo administrativo que visa a concessão/autorização ao particular de determinada obra ou atividade em concordância pelo Poder Público.

MEIO AMBIENTE: O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I da Lei n.º 6.938/81)².

¹ CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

² SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. P.128.

POSITIVISMO: Conjunto de normas jurídicas, afastando do campo de estudos da Ciência do Direito tudo aquilo que extravasa os limites das normas postas (Direito posto).³

SEGURANÇA JURÍDICA: Juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico. Prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos.⁴

TEORIA DO DIREITO: Existe para explicar cientificamente o Direito, reduzindo as complexidades de sua linguagem para que seus utentes possam operá-la com maior facilidade. É uma metalinguagem em relação ao Direito, uma linguagem científica que fala sobre a linguagem jurídica.⁵

³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª edição, São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 93

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança jurídica*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 127-128

⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª edição, São Paulo: Editora Noeses, 2016. p.54-55

SUMÁRIO

RESUMO	XIII
INTRODUÇÃO	15
Capítulo 1.....	18
FUNDAMENTOS DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	18
1.1 O PORQUÊ DA SEGURANÇA JURÍDICA	18
1.2 O POSITIVISMO DE HANS KELSEN.....	25
1.3 A TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA DE HUMBERTO ÁVILA.....	31
1.3.1 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	37
Capítulo 2.....	43
O LICENCIAMENTO AMBIENTAL	43
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEUS PRINCIPAIS CONCEITOS	43
2.2 A COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL	50
2.3 A NATUREZA JURÍDICA.....	56
2.3.1 A REVISIBILIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E DA LICENÇA AMBIENTAL.....	61
2.3.2 CONVALIDAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	64
2.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À MATÉRIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	65
Capítulo 3.....	72
A SEGURANÇA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	72

3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A NECESSÁRIA SEGURANÇA JURÍDICA AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	72
3.2 O PODER DECISÓRIO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E OS LIMITES À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	75
3.2.1 AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	84
3.2.2 DIREITO ADQUIRIDO E ATO JURÍDICO PERFEITO EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	90
3.3 A BUSCA PELA SEGURANÇA ATRAVÉS DA LEI 13.655/18, DECRETO 9.830/19 E OS PROJETOS DE LEI DO NOVO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	94
3.3.1 O REFORÇO DA LEI N. 13.655/18 E DO DECRETO 9.830/19 À DECISÃO MOTIVADA.....	94
3.3.2 A INTENÇÃO DO ATUAL LEGISLADOR COM O PROJETO DE LEI DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	115
ANEXOS	119

RESUMO

O estudo está inserido na Linha de Pesquisa DIREITO, DESENVOLVIMENTO URBANO E MEIO AMBIENTE. A Teoria do Direito que é consagrada por clássicos teóricos e cientistas políticos sempre demonstrou a necessidade de um ordenamento jurídico sistemático e seguro, e, a partir de tais conceitos, se buscou identificar pontos frágeis que retiram ou diminuem a almejada segurança jurídica vinculada ao licenciamento ambiental. Para tanto, a presente dissertação parte do pressuposto de conceituar o princípio da segurança jurídica e sua vinculação ao processo de licenciamento ambiental e a licença ambiental, ambos instrumentos de maior importância ao desenvolvimento social e econômico, e, de outro lado, agindo também como meio de proteção ambiental. Portanto, se faz uma análise do complexo sistema jurídico em que está inserido o licenciamento ambiental que acaba por inserir o particular em constante insegurança jurídica frente a antiga dicotomia meio ambiente versus desenvolvimento, e, ainda, principalmente pela atual interferência do Judiciário quanto a sua estabilidade e validade. Almeja-se interpretar o estudo do positivismo clássico, conceitos de segurança jurídica e novas legislações que interferem no estudo do processo de licenciamento ambiental, identificando-se em sua natureza jurídica pontos de fragilidade frente aos inúmeros questionamentos judiciais.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Licenciamento Ambiental; Licença Ambiental, Teoria do Direito; positivismo jurídico; segurança jurídica; princípios, Lei 13.655/18.

ABSTRACT

This study is part of the line of research Law, Urban Development and the Environment. The Theory of Law that is consecrated by theoretical classics and political scientists has always demonstrated the need for a systematic and secure legal system. Based on these concepts, this study aimed to identify weaknesses that remove or diminish the desired legal security in relation to environmental licensing. This dissertation is therefore based on the premises of defining the principle of legal security and how it relates to the process of environmental licensing and the environmental license, which are important instruments for social and economic development, and also for environmental protection. An analysis is conducted for the complex legal system that surrounds environmental licensing, which puts the private in constant legal insecurity, at the mercy of the old dichotomy of environment versus development, and even more so, at mercy of the major current interference of the Judiciary regarding its stability and validity. Finally, this dissertation seeks to interpret the study of classical positivism and concepts of legal security linked to the environmental licensing process, identifying weaknesses in its legal nature in regard to the numerous legal enquiries.

Keywords: Environmental Law; Environmental Licensing; Theory of Law; positivism; legal certainty; Principles.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. O seu objetivo científico é identificar pontos no atual ordenamento jurídico que configuram maior segurança jurídica ao processo de licenciamento ambiental, portanto, sob a ótica categórica mapeou-se uma análise de importantes conceitos fundamentais do Direito, seja pela compreensão do positivismo jurídico, do princípio da segurança jurídica e do próprio processo do licenciamento ambiental.

Parte-se da premissa para o presente estudo a atual insegurança jurídica que atua nas mais diversas áreas do Direito, em especial, adotou-se como caso prático a análise do processo de licenciamento ambiental e a licença ambiental, instrumentos, estes, de grande importância ao desenvolvimento econômico da sociedade e, ainda, protetivo ao meio ambiente.

Para a pesquisa foi averiguado que a fundamental estrutura de qualquer ordenamento jurídico se dá na obediência e observância da segurança jurídica. Sem segurança, seja em seu sentido valorativo ou normativo, a sociedade vive em constante incerteza. Uma das hipóteses se dá pela identificação do momento em que está inserido o atual ordenamento jurídico, ou seja, a atual interpretação jurídica que faz prevalecer princípios e cláusulas abstratas, em especial, no tocante ao meio ambiente, violando em muitos casos concretos normas constitucionais e direitos fundamentais de igual hierarquia. E este contraponto com o positivismo jurídico dá suporte para entender o motivo de tanta insegurança jurídica ao processo de licenciamento ambiental, identificando fragilidades em sua natureza jurídica que abrem margem para certa subjetividade em momentos decisórios, passando, ainda sob a ótica da intervenção posterior do Poder Judiciário.

Outra hipótese fundamental foi questionar os motivos históricos e a atual crítica feita ao Estado pós-positivista e garantidor de Direitos, acarretando cada vez mais insegurança jurídica ao jurisdicionado. Identificar, ainda, a proteção excessiva do Poder Judiciário quando o assunto é meio ambiente, desconstituindo na prática a validade e a eficácia das licenças ambientais com fundamento em conceitos

vagos e principiológicos. Assim, a partir de novos entendimentos jurisprudenciais e do reforço legal com a edição de novas leis e decretos que buscam inibir tais práticas, a presente dissertação apresenta como resultado o estudo este sopesamento sobre os limites da intervenção do Poder Judiciário e dos limites da Administração Pública visando dar mais força e segurança jurídica ao licenciamento ambiental e estabilidade à almejada licença ambiental.

Os resultados do trabalho estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, tratando-se o primeiro capítulo em dissertar a respeito da Teoria do Direito, a teoria pura do direito de Hans Kelsen, onde foca-se em conceitos positivistas, para então, fundamentar a base da teoria da segurança jurídica de Humberto Ávila, ponto inicial para entender e atribuir estes conceitos ao processo de licenciamento ambiental.

No segundo capítulo adentra-se especificamente no complexo mundo jurídico que versa o licenciamento ambiental, sua evolução histórica, importância, natureza jurídica e diversos conceitos técnicos que demonstrarão a sua fiel vinculação com as diretrizes do Direito Administrativo e sua forte vinculação com a Constituição Federal.

O terceiro capítulo busca uma harmonia entre os conceitos da Teoria do Direito e a natureza jurídica que envolve o licenciamento ambiental, identificando-se pontos onde há ou não segurança jurídica ao processo e ao atual ordenamento jurídico. Para tanto, analisam-se os limites de intervenção do Poder Judiciário, a autocontenção judicial, direito adquirido em matéria ambiental e novas normas que buscam trazer maior segurança jurídica aos atos decisórios.

Encerra-se com as Considerações Finais, em que são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a segurança jurídica aplicada ao licenciamento ambiental.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o

Método Cartesiano. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Capítulo 1

FUNDAMENTOS DA SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 O PORQUÊ DA SEGURANÇA JURÍDICA

Aristóteles, quando discursou em *A Política*, disse: “a justiça é o liame entre os homens nas Cidades, pois a administração da justiça, a qual é a determinação do que é justo, é o princípio da ordem na sociedade política.”⁶

O Direito como hoje conhecemos é proveniente de pensadores clássicos que, a partir de uma árdua tarefa, conseguiram conglomerar pensamentos filosóficos para construir uma ciência que estuda o Direito. Rousseau já alertava que “a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais. Entretanto, esse direito não tem, absolutamente, origem na natureza, estando, portanto, fundado em convenções.”⁷

É exatamente através de um contrato social, tese criada por Rousseau, elaborado entre a sociedade e um Estado que permite, dentro de um cristalino ordenamento jurídico, almejar ordem e segurança às atividades sociais e econômicas.

Portanto, é neste contrato social, que se traduz em cláusulas imutáveis, onde, cria-se um pacto social fundado em segurança jurídica, que Rousseau estabelece o seu conceito de ordem social. A violação ou ausência de validade do pacto social, acarreta, para o autor clássico, a perda da liberdade convencional:

[...] ainda, de sorte que mesmo sendo enunciadas de maneira formal, são em todas as partes as mesmas, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, de modo que sendo o pacto social violado, cada um

⁶ ARISTÓTELES, *A Política*. Texto integral, 5ª edição, tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010. P.57

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social: princípios do direito político*, tradução de Edson Bini – Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed. 2015.p.11

retornaria aos seus primeiros direitos e retomaria sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara a favor daquela.⁸

O estudo hoje de uma Teoria do Direito envolve a compreensão entre a dinâmica de diversos ordenamentos jurídicos, atrelado, essencialmente, com o avanço de uma sociedade pós-positivista. Ao que se denota, houve uma quebra do clássico positivismo para uma busca de uma justiça, e rápida.

Ao passo que a sociedade avança e se torna asseguradora de Direitos, o ordenamento jurídico se afasta do Direito *posto*, que ao longo do seu estudo defendido por Hans Kelsen, objetivou e delimitou um sistema lógico e hierárquico do Direito, hoje, sob forte decadência em virtude deste pós-positivismo.

Não há qualquer dúvida que um Direito positivado, rígido e de fácil visualização de sua *sistematicidade*, condiz com a ideia dos antigos filósofos políticos, onde a ordem se traduz em segurança jurídica. Igualmente, se observado o próprio conceito de segurança jurídica, extrai-se a necessidade de se garantir *previsibilidade e calculabilidade* do ordenamento jurídico, ou seja, uma *certeza*.

Ao que se denota pela forte crítica que se faz à insegurança jurídica gerada pelo advento de conceitos pós-positivistas com viés social e amplo, se dá, talvez, pela abertura do poder decisório vinculado a valores éticos e principiológicos, adentrando na esfera particular do julgador quando se está diante de um caso concreto. E, como aponta Humberto Ávila, a busca por mais segurança jurídica é efetivada pelo próprio ordenamento jurídico com a promulgação de mais normas jurídicas, acarretando mais insegurança.

Este afastamento do clássico positivismo jurídico vem sendo substituído por conceitos jurídicos abstratos, onde a interpretação do texto jurídico passou a desrespeitar o *constructivismo lógico-semântico* de Paulo de Barros Carvalho⁹. E a

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social: princípios do direito político*, tradução de Edson Bini – Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed. 2015.p.20

⁹ Este autor defende uma proposta metodológica onde estuda-se o Direito dentro de uma concepção epistemológica bem demarcada, a filosofia da linguagem, e a partir deste referencial, amarrar lógica e semanticamente suas proposições para construção de seu objeto. O *constutivismo lógico-semântico* possui como base a hierarquia das normas proposta por Hans Kelsen.

constante dinâmica do Direito com esta amplitude do poder decisório, seja judicial ou administrativo, ativa questionamentos a respeito de casos de insegurança jurídica.

Há uma tendência de exigir do Direito, ou do Estado conforme o entendimento, uma urgente resposta em razão das mais diversas necessidades de uma sociedade, porém, a resposta, não pode ser tratada como uma rápida justiça. O ânimo de justiça que percorre o campo do valor subjetivo e da ética está diretamente ligado à incerteza e a insegurança jurídica.

Somente com um mínimo de certeza jurídica é que avança a sociedade contemporânea e fundamentalmente econômica. Hoje, através de uma constituição fortemente pós-positivista que se pauta em valores jurídicos amplos e abstratos, muitos dos quais são extraídos princípios de direitos fundamentais, não é possível identificar, em casos concretos, os motivos que levaram ao julgador sustentar a sua decisão. E essa crítica não é nova, o ex-ministro Eros Grau¹⁰ questiona se o ato decisório será pautado pelo positivismo jurídico ou por seus próprios valores morais e éticos.

A antiga filosofia política de Sócrates, Platão e Aristóteles sempre defendeu que a base de um ordenamento jurídico se dá pela *confiabilidade* no Estado. Essa confiança conjunta com a força das leis, de acordo com Montesquieu, se traduz no equilíbrio de uma sociedade moderna:

Nada confere mais força às leis do que a subordinação extrema dos cidadãos aos magistrados. A grande diferença que Licurgo estabeleceu entre a Lacedemônia e as outras cidades, diz Xenofonte, consiste sobretudo em ter feito que os cidadãos obedecessem às leis; eles vêm correndo quando o magistrado os chama. Em Atenas, porém, um homem rico cairia em desespero se acreditassem que ele dependesse do magistrado.¹¹

A obra de Montesquieu defende a legalidade de uma constituição forte e respeitada pela sociedade. Cita que alguns legisladores antigos, como Licurgo e

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*: tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 67

Rômulo, dividiram igualmente as terras, e que isso só podia ocorrer na fundação de uma nova república ou quando a antiga estava muito corrompida. E complementa, que, se, quando o *legislador* faz semelhante partilha, não promulga leis para mantê-la, não faz senão uma constituição passageira; a desigualdade entrará pelo lado que as leis não tiverem protegido, e a república estará perdida.¹²

Na mesma linha deste clássico filósofo político, também defende Rousseau que, o que torna a constituição de um Estado verdadeiramente sólida e durável, é que sejam as conveniências observadas de tal modo que as relações naturais e as leis permanecem sempre em harmonia a respeito dos mesmos pontos, e que estas últimas se limitem, por assim dizer, a assegurar, acompanhar e retificar aquelas.¹³

Válida é a passagem de Thomas Hobbes a respeito da coerção estatal e de um forte ordenamento: sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força, que não dão a mínima segurança a ninguém.¹⁴

O estudo de Hobbes teve sucesso ao explicar a importância do Estado (*leviatã*), e, principalmente, a necessária observância das leis civis e a figura do jurista que em sua sabedoria deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei. Hobbes já se preocupava com a jurisprudência e o efeito com que uma sentença equivocada pode acarretar ao ordenamento jurídico. Desde o seu estudo já se tinha uma ideia do que seria uma sentença injusta, e por consequente, um ordenamento inseguro:

Nossos juristas concordam com a ideia de que a lei nunca é contrária à razão, e de que essa mesma lei não é a letra (isto é, cada uma de suas frases), mas a intenção do legislador. [...] Muito estudo também pode fortalecer e confirmar sentenças errôneas, e, quando se constrói sobre falsos fundamentos, quanto maior o estudo maior é a ruína. [...] Portanto, o que faz a lei não é a *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*: tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 61

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social: princípios do direito político*, tradução de Edson Bini – Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed. 2015. P.51/52

¹⁴ Hobbes, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012. P.136

subordinados, mas a razão desse homem artificial, o Estado, e suas ordens. [...] ¹⁵

Com efeito, não se mede a importância que a teoria clássica política influenciou no atual estudo da Teoria do Direito. São fundamentais para entender que a segurança jurídica parte do pressuposto de certeza e, principalmente, de confiabilidade no Estado. De fato, o próprio conceito de segurança jurídica, como será visto nos capítulos seguintes, está diretamente vinculado ao princípio da legalidade, ou seja, a subordinação e respeito à ordem constitucional, ou, ainda, a obrigatoriedade de todos ao respeito das leis e a importância de uma forte constituição que determina as regras de um Estado de Direito.

Destaca-se a passagem de Hobbes:

A lei fundamental é aquela que, se eliminada, destrói o Estado, que resulta daí totalmente dissolvido, tal como um edifício cujos alicerces se corroem. ¹⁶

A atual vertente de decisões que envolvem a aplicação de conceitos jurídicos abstratos, fundadas em cláusulas gerais ou princípios vagos, acarreta em um dos pontos a serem discutidos sobre a atual insegurança jurídica. Igualmente, a insegurança parte do desequilíbrio gerado pela não mais separação dos Poderes, onde com mais frequência o Poder Judiciário toma o lugar do Poder Legislativo, não aplicando a lei, mas criando-a.

Essa crítica também é abordada por Eros Grau, que demonstrou o seu “medo” ao Poder Judiciário, especificamente, porque converteu-se em um *produtor de insegurança*. ¹⁷ Para o autor, o chamado *direito moderno* é racional, permite que o jurisdicionado visualize no horizonte a *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, ou seja: segurança. ¹⁸

¹⁵ Hobbes, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.p.216-217

¹⁶ Hobbes, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.p.231

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.16

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P.13

Para Weber, citado por Eros Grau, a exigência vital do capitalismo é necessidade quanto à possibilidade de previsões seguras, ou seja, o atual capitalismo industrial depende e conta com *estabilidade, segurança e objetividade* no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da Administração.¹⁹

Afrontar este trinômio representa a *insegurança jurídica* vivida hoje pelo jurisdicionado, seja através de atos unilaterais da Administração Pública, ou, na interpretação e aplicação de normas ao caso concreto pelo Poder Judiciário. Para o ministro não se pode substituir as regras do Direito por outras, descoladas da eficiência ou de alguma distinta vantagem econômica:

[...] a sociedade como que já não lhe dá mais crédito, e inúmeras vezes precipita-se na busca de uma razão de conteúdo. Essa busca nos coloca sob o risco da substituição da *racionalidade formal* do direito (com sacrifício da legalidade e do procedimento legal) por uma *racionalidade de conteúdo* construída a partir da ética (qual ética?!), à margem do direito.²⁰

A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de *justiça*, ignara de que ela não existe em si e de que é incabível, como observara Epicuro, discutirmos a justiça ou a injustiça da norma produzida ou da decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma nem outra existem em si. Os sentidos de uma e outra são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança (social), tal como concebida em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito, é uma teoria da justiça.²¹

Não se está buscando conceituar a ética, ou esgotar as diversas e profundas análises do Direito *versus* justiça, mas evidenciar que a insegurança parte do pressuposto da utilização de postulados vazios e indeterminados, ou, em muitos casos, no afastamento de regras constitucionais ao caso concreto, seja ela de igual ou superior hierarquia. Evidente que o Direito precisa ser objetivo:

Sua efetividade, sua concretude, provém do mundo exterior, objetivando-se nos comportamentos que determinado grupo social entenda devam ser

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.14

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.17

²¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.17

adotados diante da realidade.²² O intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito.²³

Relembrando a teoria de Rousseau, que entende que dentro de uma legislação perfeita, a vontade particular ou individual deve ser nula, a vontade do corpo própria ao governo, muito subordinada e, conseqüentemente, a vontade geral ou soberana sempre dominante e a regra única de todas as outras.²⁴

Com efeito, torna-se oportuno proceder-se a uma análise da insegurança jurídica aplicada ao Direito Ambiental, que, por ser um sistema complexo e diretamente envolvido com os preceitos do Direito Público, há em sua prática inúmeros questionamentos que envolvem direitos fundamentais e, conseqüentemente, o sopesamento e a ponderação e princípios constitucionais. E essa dicotomia pode ser facilmente verificada nos casos que envolvem algum licenciamento ambiental ou áreas protegidas.

Sem dúvidas que o licenciamento ambiental se traduz no mais importante processo administrativo que concede ao particular um instrumento (licença), através do aval expresso do Estado, para que se possa dar início, prosseguimento e operação de qualquer atividade econômica (seja ela extrativista, construção civil, agricultura, etc.). E, portanto, é através deste importante papel na sociedade econômica que deu margem a inúmeros questionamentos jurídicos, especialmente, quando a matéria envolve direitos fundamentais como o esculpido pelo Art. 225 da Constituição Federal²⁵.

A conclusão, ainda que parcial, se dá pelo apego à clássica doutrina filosófica política que sistematizou uma ordem social rígida e respeitada pela

²² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.18

²³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.20

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social: princípios do direito político*, tradução de Edson Bini – Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed. 2015.p.58-59

²⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

sociedade. Há, com efeito, conceitos puros que levam à confiança e credibilidade da figura estatal.

O estudo aqui objetivado se fundamenta na conceituação clássica do positivismo jurídico de Hans Kelsen, para, então, em conjunto com o conteúdo da segurança jurídica defendida por Humberto Ávila, decifrar pontos conflitantes no Direito Ambiental, com foco no licenciamento ambiental, que acarretam a atual insegurança jurídica. Portanto, o porquê da segurança jurídica se dá pela busca de maior *estabilidade, cognoscibilidade, previsibilidade e a objetividade* do Direito.

1.2 O POSITIVISMO DE HANS KELSEN

Não há como falar de positivismo jurídico sem mencionar a teoria de Hans Kelsen.²⁶ A sua visão pura retrata o Direito com uma clareza e através de suas lentes pode-se interpretar todo um ordenamento jurídico sob um prisma lógico e sistêmico. A clareza de Kelsen se dá através da interpretação entre normas e regras sem qualquer interferência do mundo “exterior”, representado pela política e valores sociais.

O próprio autor descreve que a sua teoria pura do Direito é o resultado de uma análise comparativa das diversas ordens jurídicas positivas, a qual fornece os conceitos fundamentais por meio dos quais o Direito positivo de uma comunidade jurídica pode ser descrito. Delimita o seu estudo nas normas jurídicas, seus elementos, a sua inter-relação e, claramente, a ordem jurídica como um todo e sua relação com outras ordens jurídicas.²⁷

Kelsen nos fornece uma teoria da interpretação do Direito, não suas normas particulares, nacionais ou internacionais, mas o seu questionamento sobre

²⁶ Hans Kelsen nasceu em Praga, em 11 de outubro de 1881, formou-se na Faculdade de Direito de Viena, onde lecionou a partir de 1911, ano em que publicou seu primeiro livro (problemas capitais da teoria do direito estatal), em 1940 mudou-se para os Estados Unidos e lecionou como professor visitante em Harvard e Berkley, e em 1945 publicou a Teoria geral do direito e do Estado, obra que condensa o teor da sua teoria pura do direito.

²⁷ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.XXVIII

como é o Direito e não como *deve ser*.²⁸ Em suas palavras: é ciência jurídica e não política do Direito.²⁹

O estudo do positivismo jurídico visa identificar ordem e busca afastar um conflito identificado por Kelsen entre o princípio fundamental da ciência, a Verdade, e o ideal supremo da política, a Justiça.³⁰ Para Kelsen o Direito é uma ordem da conduta humana, e, somente uma ordem, quando provido de um sistema de regras:

O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida.³¹

A preocupação de Kelsen se dá pela corrente confusão caracterizada pela tendência em confundir a teoria do Direito positivo com ideologias políticas, ou melhor, especulação metafísica sobre a justiça ou de doutrina jusnaturalista.³²

Da própria expressão “positivismo” se extrai certa ambiguidade, a qual não torna fácil dentre as diferentes linhas doutrinárias o afastamento do positivismo de ideologias políticas ou morais. Aurora Tomazini de Carvalho, discípula de Paulo de Barros Carvalho, descreve que o termo é utilizado para designar duas tendências epistemológicas, que tem como ponto comum o afastamento do “direito

²⁸ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.p.01

²⁹ A crítica inicial de Kelsen é que o propósito do Direito, e neste sentido defende a sua teoria pura do Direito, não é uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, mas sim, não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valores específicos. Este é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade.

³⁰ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. XXXII.

³¹ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 5

³² KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.XXX

natural” e o reconhecimento do “direito positivo” como aquele vigente e eficaz em determinada sociedade.³³

Interessante, ainda neste sentido epistemológico é a distinção que a autora faz entre o positivismo sociológico (Comte) e o positivismo jurídico (Kelsen).

Enquanto o positivismo sociológico visualiza o “Direito” como um fenômeno social, ou seja, positivo das relações sociais, já, de outro norte, o positivismo jurídico de Kelsen defende uma visão pura em uma ciência autônoma fora deste campo de metodologias empíricas, afastando-se, por assim dizer, o estudo do Direito da sociologia, da política e da moral.³⁴

Com efeito, o que se pretende deixar claro é que existe forte barreira no positivismo jurídico teorizado por Kelsen quanto à não intervenção de aspectos valorativos ou ideologias. Criou-se um conceito de Teoria Pura do Direito. De igual forma, para Kelsen não interessa analisar os critérios do legislador na produção de normas, os motivos que ensejaram a sua criação, são fatos anteriores, o que interessa ao autor é a sua aplicação.³⁵

A ideia de um afastamento de uma ideologia moral e política não é novidade como um problema de uma constituição pós-positivista, inclusive, abre o debate quanto aos valores subjetivos que buscam uma rápida *justiça* ao caso concreto. Kelsen também elaborou a sua crítica:

Por outro lado, algumas teorias de jurisprudência mostram uma tendência para ignorar a fronteira que separa a teoria das normas jurídicas que regulam a conduta humana de uma ciência que explica em termos causais a conduta humana efetiva, uma tendência que resulta do fato de se confundir a questão de como os homens devem se conduzir juridicamente com a questão de como os homens se conduzem de fato e de como provavelmente se conduzirão no futuro. Esta última questão pode ser respondida, se é que o pode, apenas com base numa sociologia geral. Fundir-se a esta ciência parece ser a ambição da jurisprudência moderna. Apenas separando a teoria do Direito de uma filosofia de justiça, assim

³³ CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016.P.91

³⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016.P.92

³⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016.P.92-93

como da sociologia, é possível estabelecer uma ciência específica do Direito.³⁶

Com efeito, Direito e justiça são dois conceitos diferentes:

O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social.³⁷

Oportuna também é a passagem de Hobbes a respeito de justiça:

Afinal, as leis naturais (tais como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, enfim, o que determina que façamos aos outros o que queremos que nos façam) são contrárias a nossas paixões naturais, que nos inclinam para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes, se não houver o temor de algum poder que nos obrigue a respeitá-las.³⁸

O positivismo se fundamenta em um ordenamento posto e hierárquico, onde, com efeito, a concepção de justiça atua como critério de legalidade e não como um valor subjetivo do julgador. No sentido de legalidade, a justiça atua no campo do que é justo, ou seja, Kelsen explica que é justo que uma regra seja aplicada a todos os casos em que, de acordo com o seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É “injusto” que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar.³⁹

Somente com uma análise da jurisprudência pátria atual se torna possível identificar decisões contraditórias sobre o mesmo direito tutelado, as quais, muitas vezes, perpassam no campo da subjetividade e da valoração moral em prol de um direito fundamental supremo, como exemplo, a defesa ao meio ambiente *versus* outros direitos fundamentais também esculpidos na Carta Magna.

³⁶ Kelsen, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.XXX

³⁷ Kelsen, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.9

³⁸ Hobbes, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012. P.212

³⁹ Kelsen, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.20

O ordenamento jurídico para assegurar certeza e segurança jurídica deve observar certa sistematicidade, e dentro desta sistematicidade, limites ao poder decisório, seja judicial ou administrativo. Carvalho destaca em seu estudo que mesmo que existam diferentes especialidades no Direito (cortes realizados no direito positivo), não interferem na composição do sistema, apenas criam uma especialidade para a Ciência, não tendo o condão de criá-la juridicamente: o direito positivo é um uno e indecomponível ⁴⁰.

Da sua interpretação, fundada na teoria de Kelsen, se extrai que todas as normas jurídicas encontram-se relacionadas entre si, de forma que, tentar isolar regras jurídicas, como se prescindissem de totalidade do conjunto, seria ignorar o direito enquanto sistema.⁴¹

E, para que este sistema funcione, Kelsen nos delimita a importância dos elementos de coerção, de validade da norma e de obrigatoriedade. Na ausência de um deles, não há como se falar em segurança jurídica.

Coerção, elemento presente na filosofia política clássica, a visão de um Estado presente, para Kelsen é relevante apenas como parte do conteúdo da norma jurídica, ou seja, apenas como um ato estipulado por essa norma, não como um processo na mente do indivíduo sujeito à norma.⁴²

A validade, por sua vez, está diretamente vinculada ao seu elemento coercitivo. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundaria no mesmo – pressupomos que ela possui “força de obrigatoriedade” para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções.⁴³

⁴⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016. P. 165

⁴¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016. P. 165

⁴² KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.42

⁴³ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.43

Assim, conclui o autor que por validade do Direito, entende-se, quando as normas jurídicas são obrigatórias, onde há um Direito posto onde todos devem se conduzir como prescrevem as suas normas jurídicas. Diferente de eficácia do Direito, que significa a forma com que os homens realmente se conduzem como, ou seja, representa que o Direito, eficaz, se traduz quando as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas.⁴⁴

Existe ainda uma importante distinção feita pelo positivismo, os valores de direito, vinculados a condutas lícitas ou ilícitas, e valores de justiça, vinculados à justiça ou injustiça. Essa tendência se deu com a amplitude do pós-positivismo, principalmente pelo envolvimento de conceitos principiológicos que intrinsecamente estão dentro do campo subjetivo do julgador. Se faz atualmente uma crítica à objetividade do direito e, principalmente, à neutralidade do intérprete.

Em resumo, Aurora Tomazini defende que o pós-positivismo difundido por Luís Roberto Barroso ultrapassa o legalismo estrito do positivismo, *“cujos traços característicos são a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”*.⁴⁵

O pós-positivismo abre uma ampla discussão ética, afastada na teoria de Kelsen, exacerbando os princípios constitucionais de tal forma a torna-los supremos, principalmente, quando estão em jogo direitos fundamentais como o meio ambiente:

O Direito é visto como uma mistura de regras e princípios, cada qual desempenhando papéis diferentes na composição da ordem jurídica. Os princípios, além de atribuírem unidade ao conjunto normativo, servem como guia para o intérprete, que deve pautar-se neles para chegar às formulações das regras.⁴⁶

O positivismo como conhecemos sustenta-se na norma jurídica, sua interpretação e aplicação. Para Kelsen, existe apenas um Direito positivo e o seu

⁴⁴ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.55

⁴⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016.p.95

⁴⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016.p.95

conteúdo pode ser unicamente determinado por um método objetivo. A existência dos valores de Direito é condicionada por fatos verificáveis objetivamente (a realidade social), e, dentro destes conceitos puros do Direito, como assim identificado pelo autor, é possível identificar elementos que garantam a ordem e certa certeza do ordenamento jurídico.

1.3 A TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA DE HUMBERTO ÁVILA

O ponto de partida para a análise da segurança deve ser, pois, a insegurança.⁴⁷ A observação é de Antonio Enrique Perez Luño citado por Humberto Ávila, em seu estudo sobre a teoria da segurança jurídica.

A justificativa de Humberto Ávila, que o levou a elaborar um amplo estudo a respeito da segurança jurídica, parte da própria fundamentalidade do termo esculpido na atual Constituição. O Estado Democrático está destinado a “assegurar” e “tornar seguros” os direitos sociais e individuais e deve desenvolver igualdade, justiça e segurança como valor supremo de uma sociedade.⁴⁸

Sem dúvidas que na atual constituição pós-positivista imperam em seu núcleo princípios e valores fundamentais quanto visam maior segurança jurídica, como exemplo, o princípio da legalidade, da irretroatividade, da anterioridade, a coisa julgada, o direito adquirido, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, etc. Porém, quando analisado o termo “segurança jurídica”, e sua conotação de princípio, depara-se com um vago e abstrato conteúdo. É exatamente este conteúdo, de forma reflexiva e objetiva, que a teoria de Ávila é fundamentada.

Com brilhantismo, pode-se dizer que teve êxito. Ávila relembra que o tema não é novidade e sempre variou conforme o seu tempo e o seu contexto. Lembra que no Direito Romano, o debate ocorreu sobre a *Pax Romana* e a busca pela *pax, securitas e libertas*, buscando-se um estudo da certeza do direito⁴⁹. E por

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.51

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.50

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.52

assim foi, ao longo das diferentes culturas e ordenamentos jurídicos, um viés que sempre buscaram identificar certeza e ordem.

Até então discutido, percebe-se que a insegurança jurídica parte do pressuposto de ausência de calculabilidade, certeza, previsibilidade entre as diversas normas e regras de um ordenamento jurídico. Existem normas em excesso e conceitos vagos demais. Assim como os demais autores citados anteriormente, pairam fortes críticas ao Estado pós-moderno, onde Ávila nos demonstra aspectos teóricos e conceituais que tornam claros este caráter instável, efêmero e aleatório do Direito.⁵⁰

O nível de insegurança jurídica hoje pode ser percebido pelo alto nível de termos complexos, obscuros, incertos, indeterminados, instáveis e descontínuos, que colocam todo o ordenamento jurídico em desordem.

De igual forma, não se nega a evolução da sociedade, conhecida como Estado-Providência, onde busca incansavelmente dar suporte em todas as esferas e interesses individuais. E não se pode negar que os Poderes atuam em prol de diferentes grupos e categorias, a consequência desta necessidade urgente de abranger uma totalidade de direitos acarreta em uma infinidade de novas normas.

Ávila, com cuidado a esta assertiva, destaca que em muitos casos estes interesses de diversas categorias são colidentes, e torna-se necessário editar mais normas que buscam afastar qualquer conflito. Há, para o autor, uma edição ilimitada de normas mais complexas tanto quantitativamente como qualitativamente, uma, porque são editadas não somente normas gerais e permanentes, mas, igualmente, normas excepcionais, transitórias⁵¹.

O próprio ordenamento jurídico que já é complexo de normas, mais específicas, e princípios, cada vez mais vagos e abstratos, gera a atual

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.55

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.57

insegurança. A dicotomia apurada pelo autor é correta: na busca pela segurança – eis o paradoxo –, o homem terminou por sentir-se mais inseguro.⁵²

Esse intervencionismo estatal com a criação desenfreada de normas e regras, ainda, com uma equivocada utilização de cláusulas gerais e abstratas com conceitos vagos, de valores subjetivos e éticos, consubstancia a atual insegurança jurídica vivenciada nos mais diversos campos jurídicos. Humberto Ávila nos alerta que: o problema hoje da “falta” de direitos, é, sem dúvida, solucionado com mais direito.⁵³

Para o jurista francês Jacques Chevallier, que aprofundou seu estudo sobre o Estado pós-moderno, obra traduzida pelo conhecido advogado atuante no Direito Administrativo, Marçal Justen Filho, acusa preliminarmente que o Estado e o Direito são realidades estreitamente ligadas, a ponto de aparecerem tradicionalmente como indissociáveis, consubstanciais uma à outra. E vai mais além quando diz que não apenas o Estado age por meio do direito, por meio da edição de regras obrigatórias que expressam o seu poder de coerção, mas ainda ele é fundido integralmente no molde do direito.⁵⁴

Chevallier desconstrói o conceito do Estado moderno para um estado pós-moderno, onde, inevitavelmente, surge um direito pós-moderno. A sociedade atual vive a era da informação e torna-se altamente avançada que chega a depor o antigo conceito de Estado para um cada vez mais interdependente. Para o jurista francês, há evidentes desestruturação da sua arquitetura, e, principalmente, no descrédito das leis.⁵⁵

O descrédito das leis de Chevallier é a incerteza do Direito de Ávila. A contínua insegurança jurídica advinda do poder Estatal, que não cumpre com suas próprias normas, gera na sociedade esta perda de confiança. Nesse aspecto, torna-

⁵² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.56

⁵³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.60

⁵⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009. P.115

⁵⁵ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009. P.115

se interessante destacar o entendimento do autor francês quanto ao atual modelo de Estado e sua substancial modificação ao longo do tempo:

[...] o direito moderno é concebido segundo um “modelo piramidal”: o Estado aparece como a única fonte do direito, a única sede juridicidade; e a regra de direito toma a forma de comandos imperativos, que devem ser executados sob a ameaça de sanções. O universo jurídico moderno se apresenta como uma “ordem euclidiana” (não existe senão um único espaço jurídico, o espaço estatal) e ele repousa sobre uma “lógica aristotélica” (as soluções aplicáveis aos casos específicos são deduzidos de regras gerais). Assim se passando, o direito surge como a própria encarnação da Razão.⁵⁶

Pode-se dizer que a *sistematicidade* extraída do positivismo jurídico de Kelsen está em constante crise. Chevallier esclarece que este Direito *sistemático* se apresenta de forma coerente, uma “ordem” unitária, vale dizer, um sistema de normas solidárias e hierarquizadas, reunidas entre si por relações lógicas e necessárias, há clareza, simplicidade e certeza, atributos todos que serão considerados como inerentes a todo direito.⁵⁷

A quebra de um sistema rígido e o afastamento do positivismo jurídico no atual pós-positivismo derroga fundamentais atributos do Direito que garantem certeza à ordem. Predomina-se a insegurança de normas para dar margem à justiça. Chevallier critica com propriedade o atual Estado-Providência; para o autor existe um direito novo, “intervencionista”, concebido como um instrumento nas mãos do Estado colocado a serviço da realização de políticas públicas.⁵⁸

O Estado atua de forma desenfreada na criação de normas jurídicas que aumentam o seu poder de atuação, onde a segurança jurídica vai no viés contrário, a limitar a sua atuação para garantir ordem à sociedade. Para Chevallier este novo modelo representa uma nova desordem:

A disciplina jurídica sofreu intensos abalos em razão da *proliferação anárquica de regras*, o que tornou mais indeterminados os contornos da ordem jurídica, comprometeu a sua coesão e perturbou a sua estrutura: a

⁵⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009. P.117

⁵⁷ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.117

⁵⁸ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.120

existência de “hierarquias entrelaçadas” de “objetos jurídicos não identificados”, de competências concorrentes testemunham uma nova desordem. Enquanto a hierarquia clássica das normas foi colocada em dúvida em virtude do fato do declínio da lei, da explosão de regulamentos, transformados na era do Estado-Providência na fonte essencial de obrigações e coerções para os administrados, tal como pela ampliação do poderio do poder jurisdicional, notadamente no nível constitucional, algumas novas normas, de origem exterior, vieram se integrar à ordem jurídica estatal, em condições que permanecem complexas; a produção do direito, a partir de então, parece menos regida por uma lógica dedutiva, atuante por via de crescente concretização, do que resultar de iniciativas desordenadas adotados por múltiplos atores e cuja harmonização é problemática.⁵⁹

Ávila em sua teoria segue a mesma linha fundamentada por Chevallier, o atual ordenamento jurídico precisa, com urgência, meios para afastar este mundo de incerteza, de relativismo e de indeterminação.⁶⁰ Preliminarmente se conclui que é através da aplicação de conceitos objetivos do princípio da segurança jurídica é que se pode visualizar ordem e limite na atuação estatal.

A teoria sobre segurança jurídica desenvolvida por Ávila visa não somente identificar aspectos sociais e históricos, mas busca identificar um conteúdo ao próprio termo que afaste sua aplicação geral e abstrata. Critica com propriedade a atual necessidade do Estado em editar cada vez mais normas de elevado grau de indeterminação:

Quanto maior é a abstração e generalidade das normas, mais fácil é a sua compreensão, porém menos previsível é o seu conteúdo, pela falta de elementos concretos relativamente ao que é permitido, proibido ou obrigatório. A tentativa de se regular de maneira mais ampla termina, pois, por aumentar a vagueza e a obscuridade.⁶¹

Percebe-se que o conceito de *insegurança* parte do pressuposto de uma atual carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. Para o autor, o cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe

⁵⁹ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.122

⁶⁰ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.124

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.62

disso, não está seguro se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes.⁶²

E essa ausência de confiabilidade é facilmente percebida no Direito Ambiental, especialmente, no tocante ao licenciamento ambiental. O particular que não detém pleno conhecimento da complexa rede de normas que envolve o Direito Ambiental e o Direito Administrativo, é, ainda, constantemente atacado com decisões que lhe retiram a validade, seja de atos administrativos ou de licenças concedidas. A incerteza de que o ato praticado hoje valerá no futuro e que sua eficácia será mantida, é uma das inseguranças jurídicas que acarretam descrédito à estabilidade do ordenamento jurídico.

No tocante à frequente ausência de calculabilidade do ordenamento jurídico, Ávila cita que o cidadão atual não sabe bem qual norma irá valer. E, não sendo o Direito previsível nem calculável, o cidadão não sabe se o Direito, que já não é sério e nem é levado a sério no presente, será também levado a sério no futuro.⁶³

Ainda, se observada a ausência de inteligibilidade do ordenamento jurídico, o particular não sabe o que é válido hoje será válido amanhã, seja pela falta de previsibilidade, e, ainda, pela ausência de estabilidade, não se se o que foi válido ontem continuará valendo hoje.

E essa ausência ou a pouca intensidade dos ideais de *cognoscibilidade*, *de confiabilidade* e *de calculabilidade* do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem em dúvida até mesmo princípios tradicionais, com a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.⁶⁴

⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p76-77

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p77

⁶⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado, citado por ÁVILA. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p77

1.3.1 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Entende-se que o próprio termo “segurança jurídica” é detentor de certa abstração, e, sem dúvida, é compreendido como um princípio fundamental da atual Constituição. De outro norte, sua terminologia vaga acarreta dúvida quanto à sua fiel aplicação.

Justamente por este motivo que Ávila buscou destrinchar conceitos fundamentais que denotam um maior grau de objetividade ao princípio, fixando-se, para este estudo, nos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas.

Bobbio sempre sustentou que a segurança jurídica não apenas é uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, mas também um “elemento intrínseco do Direito”, destinado a afastar o arbítrio e a garantir a igualdade, não se podendo sequer imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança.⁶⁵

E a ideia dos diversos doutrinadores que se aprofundam no assunto foi tratar o tema como um princípio intrínseco ao Direito, é, de fato, importante elemento constituinte de qualquer ordenamento jurídico. Mas, como qualquer princípio, existe alto grau de abstração em seu conteúdo, o que torna a teoria de Ávila de extremo detalhamento.

A segurança jurídica, verte-se, portanto, na possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos e comportamentos. Para o autor, se traduz primordialmente em um “juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico”.⁶⁶

Assim, adota-se uma das linhas de Ávila, onde se analisa a segurança jurídica sob o prisma de um princípio dirigido aos Poderes Legislativo, Judiciário e

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016 p. 124

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.127-128

Executivo, que acarreta em identificar maior grau de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade.⁶⁷

Na qualidade de princípio jurídico, revestido de suprema ordem, a segurança jurídica estabelece um ideal de conceitos que para sua realização é necessária a adoção de comportamentos. Esclarece-se:

Em uma simples ilustração, para garantir um estado de moralidade é preciso adotar condutas sérias, leais, motivadas e contínuas. Em suma, para atingir o fim é necessário escolher comportamentos cujos efeitos contribuam para a sua promoção. Pode-se, por isso, asseverar que o modelo dos princípios pode ser simbolizado pela expressão “para, então é preciso”.⁶⁸

Somente com uma identificação de um conteúdo objetivo ao princípio, é que se pode compreender sua aplicabilidade e finalidade. Para César García Novoa: o conteúdo de um princípio é composto dos meios para se atingir o resultado que ele determina alcançar.⁶⁹

A primeira análise se dá pela cognoscibilidade (que pode ser conhecido). A segurança jurídica aqui discutida pode ser interpretada pela capacidade do particular poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das normas, quer gerais, quer individuais. É nesse sentido que Ávila destaca que a certeza do Direito se representa em uma “univocidade de resultados”.

Este entendimento está diretamente vinculado ao princípio da legalidade, pois, o termo cognoscibilidade pode também ser entendido como compreensibilidade, onde o particular possui plena capacidade, formal ou material de conhecimento dos conteúdos normativos ou de suas práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los.⁷⁰ Ataca-se, portanto, a ausência de cognoscibilidade do atual ordenamento:

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 130

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.130

⁶⁹ NOVOA, César García citado por ÁVILA. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016. P.132

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.140-141

As razões normativas que conduzem à cognoscibilidade concernem a norma jurídicas que, de algum modo, se contrapõem à determinação: a regra de legalidade deve ser conjugada com vários princípios, como o democrático e o da separação dos Poderes, que pressupõem uma margem limitada de configuração ao Poder Executivo, exigindo que o Poder Legislativo estabeleça os padrões normativos sem adentrar em aspectos técnicos de competência de órgãos administrativos. Deve-se adotar, portanto, o conceito de cognoscibilidade, como capacidade material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização, no lugar de determinação, como, a capacidade de conhecer um único sentido normativo prévio. Enfim, como pontifica Grau, “não existem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados de uma linha de montagem, para os problemas jurídicos”.⁷¹

O segundo estudo do conteúdo envolve o termo confiabilidade e a busca do ideal de imutabilidade de determinadas normas. Para o autor, a expressão “imutabilidade do Direito” ou “estabilidade do Direito”, se dá pela possibilidade de vincular o Direito Futuro ao Direito Passado, e, a partir desta vinculação, compreender que a segurança jurídica se reveste de uma “estabilidade na mudança”.

A estabilidade nada mais é que um mecanismo de proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade.⁷²

E a confiabilidade se dá em estrita observância à estabilidade, seja de atos ou decisões, garantindo um ordenamento jurídico que protege as expectativas da sociedade e garante uma estável evolução.

Torna-se mais claro ainda quando entendido como um instrumento que afasta insegurança e incerteza do Direito:

A segurança jurídica apenas estabelece exigências relativamente à transição do Direito passado ao Direito Futuro. Não uma imutabilidade, portanto, mas uma estabilidade ou racionalidade da mudança, que evite alterações violentas.⁷³

Por último, o conteúdo de previsibilidade ou calculabilidade se dá pela intenção de se ter total capacidade prescritiva de antecipar as consequências

⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.269

⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.142

⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.142

jurídicas da conduta (própria ou alheia).⁷⁴ Previsibilidade, para Ávila, significa uma expressão de “certeza absoluta”, pois, o ordenamento jurídico há que garantir ao particular, hoje, a exatidão do próprio ordenamento amanhã, e por consequente, extrai-se a possibilidade de antecipar o seu conteúdo e ainda, antecipar a decisão futura que irá ser aplicada ao ato hoje praticado.

A segurança, então, pode ser compreendida na possibilidade de antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. E, no conceito de Ávila, a calculabilidade significa na capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que prática, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais.⁷⁵

Com efeito, a ideia de previsibilidade e calculabilidade está diretamente ligada ao conceito vinculativo e não discricionário dos atos administrativos, principalmente ao processo de licenciamento ambiental.

Agora, a teoria defendida até então se dá pela observância de um mínimo de certeza, de eficácia e ausência de qualquer arbitrariedade, estes requisitos configuram-se como intrínsecos à ordem do sistema jurídico. Por este motivo, que o autor constrói a sua teoria, além de outras aprofundadas perspectivas, no sentido da segurança jurídica ser um valor constitutivo do Direito, ainda, com um forte viés em demonstrar a segurança jurídica como uma segurança no Direito, ou seja, a qual depende de conjugação de uma série de critérios e de estruturas argumentativas a serem verificadas no próprio processo de aplicação do Direito.⁷⁶

De outro norte, e talvez seja esta a intenção do doutrinador, a segurança jurídica é voltada sempre e diretamente aos três Poderes. Com propriedade, os critérios até então apreciados se voltam à ideia de uma limitação estatal e no poder decisório, identificando-se se naquele ato ou decisão houve violação aos ideais

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.143

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.144

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.154

confiabilidade e calculabilidade. A ideia é, sem dúvida, fundamentada em uma cognoscibilidade primária, pois, de acordo com Ávila, sem um conhecimento amplo do ordenamento jurídico e de certa previsibilidade não se torna possível assegurar toda e qualquer atividade.⁷⁷

Para fins práticos que serão posteriormente conferidos à insegurança jurídica encarada pelo licenciamento ambiental, o presente estudo acolhe a dimensão subjetiva do conceito de segurança jurídica, que consiste na necessidade não de uma visão sob o ordenamento como um todo, mas em decisões concretas, onde há presente o caráter de estabilidade que confere confiança ao particular de determinada regra, ato ou decisão, seja ela administrativa ou judicial, e que garante atos de disposição dos seus direitos de liberdade e de propriedade.⁷⁸

A crítica feita pelos citados autores, principalmente, Eros Grau, às atuais decisões inseguras advindas do Poder Judiciário, em que há um abuso de conceitos vagos e abstratos, demonstra a ausência dos elementos até então debatidos. Falta cognoscibilidade quando uma decisão carece de fundamentação adequada ou demonstra divergência entre decisões; falta confiabilidade em razão da constante modificação da jurisprudência e de entendimentos já consolidados; e falta calculabilidade pela constante e abrupta alteração de entendimento ou pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico.

Para Ávila não restam dúvidas que numerosos deveres são dirigidos ao Poder Judiciário que visam preservar a segurança jurídica, dentre os quais, o dever de fundamentação suficiente e racional de suas decisões, ou, ainda, a mudança de jurisprudência retroativas que atinjam uma confiança legítima.⁷⁹

Atuando, portanto, a segurança jurídica como um princípio limitador da atuação estatal, entende-se, que, embora a segurança seja ínsita à própria ideia de

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.P.154

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.P.157

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.P.178

Direito, somente o ordenamento jurídico poderá densificá-la normativamente como princípio jurídico apto a efetivamente limitar a atuação estatal.⁸⁰

E, através desta noção de limites legais impostos, consubstanciando ao positivismo jurídico defendido por Hans Kelsen, é possível identificar um ordenamento jurídico sólido que concede ao particular a certeza de que seus atos hoje praticados terão as consequências jurídicas prescritas, e não, como se observa na prática, decisões antagonistas, isoladas e contrárias à jurisprudência dominante que destituem toda e qualquer confiabilidade.

Em conclusão, para Humberto Ávila o ideal maior (segurança jurídica) é a soma de ideais parciais (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade normativas).

Seguindo, então, a linha de que o princípio da segurança jurídica é um ideal normativo de primeira grandeza em qualquer ordenamento jurídico, facilmente pode ser interpretado sob a ótica do Direito Ambiental. A sua complexidade de normas e regulamentos próprios, nos revela que a segurança jurídica se reveste em um sentido protetivo, garantindo-se a sua fiel aplicação.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.P.207

Capítulo 2

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEUS PRINCIPAIS CONCEITOS

A defesa do meio ambiente sempre foi e sempre será um ponto fundamental de qualquer sociedade consciente, seja por motivos econômicos como era de se observar com a vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil ou através da constante noção de sua necessária proteção por se tratar de um bem difuso.

Interessa na história que permeia a proteção ambiental o seu marco histórico com a vinda da Família Real Portuguesa em 1808, um nascedouro, ainda que primitivo, de uma legislação ambiental mais protetiva. A evolução histórica de proteção ambiental com primórdios de um licenciamento ambiental é contada pela doutrina de Luís Paulo Sirvinskaskas, que, de plano já destaca que o período colonizador foi marcado pela devastação e infundável extrativismo dos recursos naturais, e, vendo essa necessidade de proteger preciosos recursos, editaram-se as primeiras normas em prol da Família Real Portuguesa com viés puramente protetivo e econômico.

Assim, com propriedade a doutrina de Sirvinskaskas descreve que a proteção jurídica do meio ambiente no Brasil pôde ser dividida em três períodos: a) o primeiro se inicia com o descobrimento do Brasil (1500) até a vinda da Família Real Portuguesa (1808); b) o segundo período inicia-se com a vinda da Família Real (1808) e vai até a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981); c) O terceiro período começa com a criação da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) dando-se ensejo à fase holística.⁸¹

O extrativismo de recursos naturais marcou o período de colonização até a vinda da Família Real Portuguesa; houve uma visão protetiva, ainda que

⁸¹ SIRVINSKASKAS, Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.80/81

inexpressiva, com viés puramente econômico. Aponta o autor que havia algumas normas isoladas de proteção aos recursos naturais, como, por exemplo, o pau-brasil, o ouro, etc., e, sem dúvidas, a mais importante norma reguladora desta época é o regimento do pau-brasil promulgado em 1605, intitulando-o como propriedade real, prevendo, inclusive, sanções para a sua ilegal extração.

Historicamente o regimento do pau-brasil é o marco do licenciamento ambiental, que prevê regras para a sua extração (autorização). Destaca-se parte do regimento histórico que demonstra a importância da autorização real para o seu corte:

Parágrafo 1º: Primeiramente Hei por bem, e Mando, que nenhuma pessoa possa cortar, nem mandar cortar o dito pão brasil, por si, ou seus escravos ou Feitores seus, sem expressa licença, ou escrito do Provedor mór de Minha Fazenda, de cada uma das Capitanias, em cujo districto estiver a mata, em que se houver de cortar; e o que o contrário fizer encorrerá em pena de morte e confiscação de toda sua fazenda.

Outro importante regulamento apontado pela doutrina advindo de Portugal foi a Carta Régia de 1797 que em sua essência já protegia as florestas, matas e arvoredos localizados nas proximidades dos rios, nascentes e encostas, claramente, todas estas declaradas propriedades da Coroa.

Houve então um longo período até a edição da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, conhecido por uma exploração desenfreada do meio ambiente, pois de fato, não se existia a noção de recurso finito e tampouco conhecimento sobre os efeitos desta forte atuação do homem ao meio ambiente. É de se notar que sempre existiu uma ideia de conservação do meio ambiente, mas nunca da sua preservação.

Cita-se dentro deste período a existência da Lei n. 601/1850, conhecida por Lei de Terras do Brasil, que disciplinava a ocupação do solo e estabelecia sanções para atividades predatórias; o decreto n. 8.843/11 que criou a primeira reserva florestal no Acre; a Lei n. 3.071/16 (Código Civil), que estabelecia vários dispositivos de natureza ecológica, mas de cunho individualista; o Decreto n. 23.793/34 (Código Florestal) que dispunha limites ao exercício do direito de propriedade; e, ainda em vigor, o Decreto n. 25.643/34 (Código de Águas), que também disciplina sobre a captação e o uso da Água.

Não há dúvidas que o meio ambiente e a consciência de proteção em nível nacional se deu com a criação de uma política própria, individualizada e específica. O surgimento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é chamado como o início da fase holística, que para Sirvinksas é marcado por uma ampla proteção integral do meio ambiente através de um sistema ecológico integrado (protegiam-se as partes a partir do todo)⁸².

E essa visão holística do meio ambiente, que perdura até então, se deu após uma pressão internacional que cada vez mais vinha se insurgindo com medidas protetivas ao meio ambiente. Neste mesmo período criou-se o importante poder à sociedade, a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Inegavelmente, outro importante marco histórico ambiental se dá pela atual Constituição Federal de 1988, consagrando a proteção ambiental como um direito fundamental.

Um grande fator da proteção ambiental, historicamente, se dá pela noção de uma sistematicidade, assim como é a noção fundamental do direito positivo, onde, com legitimidade, diferentes atores se pautam por amplas normas para regular um único bem jurídico que é o meio ambiente. O pilar deste sistema se dá pela ampla legislação protetiva e pela interligação entre os ramos do Direito, bem como, mais recentemente, a denominação da especialidade do Direito Ambiental que engloba todos os demais ramos (penal, civil, administrativo, etc.)

E essa sistematicidade conhecida somente foi possível com a promulgação da Política Nacional do Meio Ambiente que deu força e legitimidade aos atores, por assim dizer, quando instituiu o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente).

Além do estudo da Política Nacional do Meio Ambiente, torna-se imprescindível analisar o que dispõe o art. 225 e seguintes da CF/88, pois, somente com o seu aprofundamento, e que se pode compreender a proteção ambiental como um direito fundamental de todos. Para o constitucionalista Canotilho, a transformação da proteção ambiental em direito fundamental decorreu de históricos

⁸² SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.80/81

entraves econômicos e políticos, que, por muitos anos, tiveram, e ainda têm, massiva incidência de conflitos de interesse:

O Direito Ambiental apresenta, em geral, traços de elevada complexidade, o que se deve à sua dependência científica e interdisciplinaridade, além da massiva incidência de conflitos de interesse, motivações econômicas e políticas na sua formulação e, mais ainda, na sua aplicação. Pode-se afirmar que a “insegurança ecológica” tem se tornado um dos maiores desafios do Estado Constitucional. O Direito Ambiental brasileiro se situa na confluência de decisões políticas que implicam, sobretudo, na escolha de valores éticos, jurídicos, culturais, econômicos e sociais novos, os quais perpassam, até hoje, uma dura luta pela sua afirmação.⁸³

Canotilho ainda destaca que ao estabelecer um autêntico direito fundamental “significa uma importante decisão axiológica em favor de um bem imaterial, cuja efetiva proteção depende da cooperação dos diferentes atores sujeitos as respectivas obrigações legais.”⁸⁴

A conotação de direito fundamental implica fortes influências de diferentes atores, principalmente, no âmbito da competência, seja ela legislativa ou administrativa, e se analisado do ponto de vista principiológico, abre uma ampla e vasta aplicação de conceitos abstratos e vagos, trazendo, por consequência, maior insegurança jurídica ao particular e maior segurança jurídica ao meio ambiente. Na visão do constitucionalista, o princípio como esculpido na Carta Magna possui dupla identidade:

O direito fundamental ao ambiente é fruto de uma nova concepção de direitos constitucionais, dotada de elevada complexidade e multifuncionalidade. O dispositivo constitucional exerce, simultaneamente, uma função negativa, que garante aos indivíduos a defesa contra agressões ilegais no seu âmbito material, e uma vertente positiva, que impõe ao Poder Público a atuar em favor de sua efetivação.⁸⁵

O licenciamento ambiental se consagra, portanto, desta concreta particularidade da atual Constituição em garantir um meio ambiente ecologicamente sustentável e tido como o pilar de toda e qualquer proteção. O instrumento administrativo, ainda que não sendo novidade no ordenamento

⁸³ CANOTILHO, José J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

⁸⁴ CANOTILHO, José J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

⁸⁵ CANOTILHO, José J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

jurídico, se torna uma efetiva e poderosa ferramenta do Estado para controle de possíveis impactos ambientais, os quais, sabidamente, de elevada preocupação tendo em vista o rápido avanço da sociedade empreendedora.

Constitucionalmente o licenciamento ambiental está disposto no inciso V, § 1º do art.225, que determina a obrigação do Poder Público em “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

A legislação que define conceitos em matéria de licenciamento ambiental é vasta, sendo possível citar-se, inclusive, a própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938) que já previa o dever de licenciamento para atividades potencial ou efetivamente causadoras de impacto ambiental⁸⁶. Posteriormente, houve a edição da Resolução n. 001/86 e da Resolução n. 237/97, ambas do CONAMA, diretamente ligadas ao processo de licenciamento ambiental, o Decreto n. 99.274/90 e, mais recentemente, as regras de competências firmadas pela Lei Complementar n.140/2011.

Para fins de um estudo mais específico, a principal norma jurídica que regula o licenciamento ambiental se dá pela observância da Resolução 237/97 do CONAMA juntamente com a LC 140/11, as quais, para Paulo Affonso Leme Machado⁸⁷, tratam principalmente de dois temas: repartição das ações administrativas dos entes federados e o exercício do licenciamento ambiental.

A inteligência do art. 2º, inciso I da LC 140/11 descreve novamente o conceito de licenciamento ambiental como “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

⁸⁶ Art. 9º - São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

⁸⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental Brasileiro*. 26 ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, p.332

Conjugado ao que dispõe o art. 3º, Inciso V da Lei 6.938/81, o licenciamento ambiental caracteriza-se pelo instrumento apto a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, estes compreendidos pela “atmosfera, águas interiores, superficiais e subterrâneas, estuários, mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

Agora, em que pese existir uma lei específica que trate do assunto, as demais não podem ser descartadas e tampouco ignoradas. Há, como em todo o Direito, uma interligação necessária entre os dispositivos que buscam a proteção e preservação ambiental. Alerta Machado que a exclusão do estudo de impacto ambiental da Lei Complementar n. 140/11 obriga a administração pública a aplicar o art. 9º, inciso III e IV da Lei 6.938/81, tratando-se de dois instrumentos administrativos ambientais autônomos e entrelaçados.⁸⁸

A doutrina não diverge quanto ao conceito de licenciamento ambiental. Para Talden Farias, este é visto “como processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem por objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente.”⁸⁹

Já na visão de Édis Milaré corresponde à:

Ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico. Isto é, com prática do poder de polícia administrativa, não deve ser considerado um obstáculo teimoso ao desenvolvimento, como, infelizmente, muitos assim o enxergam.⁹⁰

⁸⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental Brasileiro*. 26 ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, p.333

⁸⁹ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p.26

⁹⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.789

Prepondera uma sinergia entre o Estado, regulador e protetor do meio ambiente, e o particular empreendedor que, através deste instrumento, em tese, estaria *seguro* do seu direito quanto à não estar desrespeitando qualquer norma ambiental ou mesmo cometendo algum crime ambiental.

Neste sentido é correta a posição de Paulo de Bessa Antunes quando diz ser “condição essencial para o funcionamento regular de uma atividade econômica e que a conformidade ambiental obtida por meio desse instrumento não é apenas uma exigência dos órgãos ambientais, mas da sociedade civil.”⁹¹

A questão de segurança jurídica propriamente do licenciamento ambiental será alvo de posterior e aprofundado debate, porém, neste momento, em se tratando de conceitos teóricos, torna-se oportuno destacar o que descreve a Cartilha de Licenciamento Ambiental do Tribunal de Contas da União, trazida por Talden Farias em sua doutrina:

O licenciamento ambiental é um processo complexo que envolve a obtenção das três licenças ambientais, além de demandar tempo e recursos, notadamente em função dos princípios da precaução (art. 4º, incisos I e VI e art. 9º, inciso III, da Lei n.6.938 de 1981) e das condições de poluidor e usuário pagador (art. 4º, inciso VII, da mesma lei).

Entretanto, os custos e o prazo para a obtenção do devido licenciamento não se contrapõem aos requisitos de agilidade e racionalização de custos de produção, inerentes à atividade econômica. Ao contrário, atender à legislação do licenciamento implica racionalidade. Isso porque, ao agir conforme a lei, o empreendedor tem a segurança de que pode gerenciar o planejamento da sua empresa no atendimento às demandas de sua clientela, sem os possíveis problemas de embargos e paralisações, a par de garantir que os impactos ambientais prováveis do empreendimento serão mitigados ou compensados.

Além disso, o empreendedor evita incorrer em crime ambiental ou comprometer o desempenho da empresa em termos de capacidade produtiva, em razão de retardar o início da operação de novos empreendimentos, com prejuízo da imagem da organização junto à clientela nacional e internacional, que valoriza “a produção limpar” e “ambientalmente correta”.⁹²

⁹¹ ANTUNES, citado por Talden Farias, *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015, p.28

⁹² FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p.29

A ideia como valorizada acima é de que o licenciamento ambiental se reveste em um processo racional e que garante à empresa segurança, está diretamente vinculado aos conceitos até então trazidos sobre segurança jurídica. Há, no instrumento legal, uma garantia intrínseca de que o particular está apto ao empreendimento e está, de fato, respeitando as imposições legais.

Porém, como visto no primeiro capítulo, a prática e a cultura que se instalou dentro da descrença ao Poder Público e aos particulares, retiram deste conceito a ideia de segurança jurídica, ou seja, ainda que incentivado, o empreendedor não encontra qualquer amparo jurídico para que se obtenha estabilidade no ato administrativo concedido.

A evolução histórica que embasa toda a proteção ambiental e a força atribuída ao licenciamento ambiental torna evidente que a intenção dos legisladores sempre foi válida e eficaz quanto ao seu bem jurídico tutelado. Não há ausência normativa, o que se percebe na atual insegurança jurídica é uma evolução paralela quanto à sua desarticulada utilização pelos mais diversos atores e pelo seu caráter principiológico tido como absoluto perante o Judiciário, desvirtuando-se a intenção do processo de licenciamento como uma ferramenta segura ao Estado que protege e ao particular que lhe é concedido uma garantia de que sua atividade está de acordo com as regras do jogo.

2.2 A COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Em que pese o estudo do processo de licenciamento ambiental englobar em sua totalidade uma complexa área do Direito, onde, em diversos pontos acarretam maior ou menor segurança jurídica através de discussões a respeito da licença ambiental emitida ou limitações legais quanto à supressão de vegetação nativa, etc., para este estudo limitou-se à interpretar e conceituar questões inerentes aos problemas que surgem quando o assunto é competência em matéria de licenciamento ambiental e aspectos decorrentes de sua natureza jurídica, inclusive, abordando critérios a respeito do poder discricionário para ao final contrapor à intensiva atuação do Poder Judiciário.

O universo da competência que envolve o licenciamento ambiental significa compatibilizar os fundamentais princípios da Política Nacional do Meio Ambiente quanto ao desenvolvimento econômico e a sustentabilidade dos recursos naturais e da preservação ambiental. Este objetivo, todavia, abre margem a uma complexa concorrência, seja ela no âmbito legislativa, licenciatória ou fiscalizatória.

O fato se dá pela Constituição Federal descrever em seu art.23, III, VI e VII, que o licenciamento em matéria de meio ambiente integra o âmbito da competência administrativo ou material, que é comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. E essa definição já existia através da identificação do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), art. 6º da Lei n.º 6.938/81, que taxativamente descreve os órgãos e entidades competentes em matéria de licenciamento ambiental.

Portanto, a questão de competência, em um primeiro plano deve ser observada sob a ótica do art. 6º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente⁹³.

⁹³ Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

III - órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências;

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições;

§ 1º - Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.

Com o advento da LC n.140/11 que especificamente tratou de determinar a competência em matéria de licenciamento ambiental, definiu-se um critério de exclusividade de licenciamento ou autorização a um somente ente federativo, retirando-se, por assim dizer, infinitas discussões do passado:

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

A nota de Édis Milaré a este respeito se dá por conta da LC n. 140/11, prometida pelo parágrafo único do art.23 da CF/88, que fixou normas para a cooperação entre os entes federativos nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do ambiente, e, portanto, adotou para definição do órgão licenciador, o que já preconizava a Resolução 237/97:

Um critério múltiplo, baseado não só na amplitude dos impactos, mas também na localização, na dominalidade, no porte, no potencial poluidor e na natureza da atividade ou empreendimento, conferindo o licenciamento a um único nível de competência.⁹⁴

Para que torne simples o entendimento de competência, a lei faz a seguinte distinção quanto ao critério espacial: (i) toda matéria local atrai a competência do Município (art. 9º, XIV, a); (ii) a microrregional fica com o Estado (art. 8º, XIV da LC 140/11 c/c art.25, § 1º, da CF/88; (iii) e a supraestadual fica a critério da interferência da União (art. 7º, XIV, e, da LC 140/11).

Há, conforme descrito na doutrina de Milaré, além de uma disposição espacial, também um critério fundamental que habilita o órgão para o respectivo licenciamento dependendo do impacto direto que possam resultar o empreendimento ou atividade, sendo necessário, portanto, estudos prévios

§ 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

§ 3º Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada.

§ 4º De acordo com a legislação em vigor, é o Poder Executivo autorizado a criar uma Fundação de apoio técnico científico às atividades do IBAMA.

⁹⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.806

ambientais que norteiam o licenciamento e definem adequadamente o órgão licenciador.⁹⁵

Em que pese existir uma delimitação bem expressa na legislação, persiste uma atuação supletiva dos entes (art. 15 da LC 140/11) e também atuação concorrente e supletiva quando se está diante da competência fiscalizatória (art. 17, § 3º)⁹⁶.

Com efeito, destaca-se desde já quanto à fragilidade do licenciamento ambiental no tocante à sua estabilidade imposta pela própria legislação no tocante à fiscalização concorrente e supletiva. Se observado o parágrafo 1º do mesmo artigo, prepondera o entendimento da possibilidade de manifestação dos demais entes federativos no licenciamento: “os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental”.

A este respeito, para Paulo Affonso Leme Machado esta possibilidade representa uma cooperação dos entes federativos e mesmo que não vinculativa, caso não sejam observadas, vicia o procedimento administrativo e este deve ser nulificado pelo próprio Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário.⁹⁷

Para Talden Farias a inexistência de um sistema claro de repartição de competência gera um dos problemas mais graves da legislação ambiental brasileira. Ambos os autores defendem que era comum dois entes federativos travarem litígio sobre competência para o licenciamento de atividade que se encontrava sob a responsabilidade do outro. Ainda, às vezes, Municípios ou

⁹⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.807

⁹⁶ § 3º O disposto no **caput** deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o **caput**.

⁹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental Brasileiro*. 26 ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, p 338

Estados são acusados de estabelecerem regras mais favoráveis do que as da União ou a própria União de tentar interferir no interesse local dos Municípios⁹⁸.

Estes conflitos não foram afastados na prática pela LC n. 140/11, como se observa ainda na realidade uma forte discussão judicial, se tratando, talvez, de um dos mais frágeis pontos do instrumento que enaltece a sua insegurança jurídica. Para melhor exemplificar e entender a competência de cada ente, dispõe assim a parte que incumbe à União:

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

A competência licenciatória dos Estados está prevista no art. 8º:

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou

⁹⁸ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p. 103

potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

E, por fim, a competência licenciatória dos Municípios resta disposta no art. 9º:

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

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

Torna-se fácil a interpretação da legislação supracitada quanto o rol taxativo sobre a competência, tratando-se de critérios de exclusividade e de unicidade do órgão licenciador, o que para Eduardo Fortunato Bim, significa um prestígio ao princípio da segurança jurídica, da eficiência (CF, art. 37, caput) e o da economicidade (CF, art.70), que sempre esteve presente na Resolução CONAMA 237/97 em seu art. 7º.⁹⁹

Uma válida crítica feita por Eduardo Bim se dá pela ilusória a ideia de que mais órgãos licenciando a mesma atividade seja benéfico ao meio ambiente. Afirmo, citando a ideia de Consuelo Yoshida, que uma proteção múltipla teria a desvantagem de ser o cerne de conflitos e de superposição de jurisdições, competências que oneram, retardam e por vezes dificultam e mesmo inviabilizam a efetividade da proteção ao meio ambiente¹⁰⁰.

⁹⁹ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.96

¹⁰⁰ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.97

Por fim, não se abrangendo por completo as especificidades de competência em diversas matérias que envolvem o licenciamento ambiental, é oportuno citar que a LC n. 140/11 ainda em seu art. 16¹⁰¹ denota a possibilidade de cooperação (atuação subsidiária), que, de acordo com a doutrina, significa voluntariedade, e por este motivo, não é possível haver licenciamento ambiental que não seja único.¹⁰²

É certo que o legislador primou pelo entendimento de um único ente federado competente para licenciar o licenciamento na ótica de representar em maior eficiência e maior proteção ambiental, também, pela ótica da especialidade, interesse e da localidade em que se encontra o empreendimento.

2.3 A NATUREZA JURÍDICA

A identificação da natureza jurídica, a sua essência dentro do ordenamento jurídico, representa o mais importante estudo a respeito do licenciamento ambiental em termos de segurança jurídica. É a partir de sua natureza jurídica, suas ramificações dentro do Direito, que é possível conhecer dentro deste instrumento atributos que diminuem ou amplificam a própria estabilidade e segurança.

O licenciamento, nas palavras de Hamilton Alonso Jr., enquadra-se no princípio transcrito e obriga o Estado a exercer seu poder de polícia administrativo para evitar ou minimizar impactos ambientais relativos a empreendimentos (ou atividades) que devem ser submetidas ao necessário e prévio procedimento licenciador¹⁰³. Complementa este mesmo autor que:

Não é por outra razão que o Estado reage de forma enérgica quando determinada atividade tenta se instalar e se desenvolver sem o

¹⁰¹ Art. 16. A ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação. Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar.

¹⁰² BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.103

¹⁰³ FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.40

imprescindível e prévio licenciamento, enquadrando a conduta criminalmente (art. 60 da Lei n.9.605/98), além de obstar o início da atividade, interrompendo-a se já iniciada.¹⁰⁴

O primeiro ponto a ser estudado é a distinção que faz grande parte da doutrina entre licenciamento ambiental e licença ambiental, o primeiro sendo o processo que almeja o segundo.

A licença ambiental sempre será o objetivo final de um licenciamento ambiental, podendo-a ser concedida ou não. Para tanto, o particular deverá observar um estrito rito até a sua concessão, correspondendo se o particular cumpriu com o que foi determinado pelo órgão licenciador e pela legislação ambiental aplicada.¹⁰⁵

Disciplinado no inciso I do art. 1º da Resolução 237/97 do CONAMA e inciso I do art. 2º da LC 140/11, e, tendo em vista a legislação pertinente utilizar o vocábulo “procedimento” administrativo e não “processo, persiste, dentre os estudiosos deste ramo, uma interpretação de que procedimento se traduz em uma sequência de atos administrativos, itinerário e encadeados, buscando um resultado final e conclusivo. Já a correta utilização de “processo administrativo”, se traduz em uma sequência de atos administrativos que tem o objetivo de outorgar direitos a terceiros e de solucionar os conflitos entre o Poder Público e o administrado ou entre o Poder Público e os agentes públicos, assegurado o contraditório e ampla defesa.¹⁰⁶

É certo que diante da complexidade e de alto grau de litigiosidade que permeia o licenciamento ambiental este possui um caráter de *processo* administrativo e não de procedimento administrativo, pois não há somente um rito a ser seguido pelo particular, mas, percalços e forte litigiosidade e contra os demais

¹⁰⁴ FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.41

¹⁰⁵ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015.p.26

¹⁰⁶ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p144-145

conflitos de interesses. Há, inclusive, forte presença de ampla defesa e contraditório.

Neste sentido, aponta a doutrina que:

Por ser um dos importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, e provavelmente o mais eficaz, não é admissível que o licenciamento continue sendo tratado como um procedimento administrativo e não como um processo administrativo. Na verdade, as características do licenciamento correspondem perfeitamente às do processo administrativo, a exemplo da obrigatoriedade do estabelecimento de publicidade, de acesso aos autos, de contraditório, de ampla defesa, de motivação e do dever de decidir.¹⁰⁷

A questão como tratada pela doutrina, em entender por se tratar de um processo administrativo representa, na prática, uma atuação mais ampla e efetiva por parte do empreendedor particular para garantir maior acessibilidade de discussão na concessão ou não de sua própria licença. Por outro lado, amplia a atuação de outros atores que possuem forte interesse para que a licença não seja concedida.

Em linhas gerais, a conceituação do licenciamento ambiental é simples, onde se reveste de uma sucessão de atos que tendem, todos, a um resultado final que é a obtenção de uma licença.

E, tratando-se de conceitos técnicos, uma licença ambiental se traduz em um ato administrativo conceituado no Inciso II do art. 1º da resolução 237/97:

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Somente a definição de licença ambiental como um ato administrativo não é suficiente para o estudo de sua segurança jurídica, importa entender que a licença representa uma autorização do Estado. A sua precisa definição como autorização está no art. 170, parágrafo único da Constituição Federal, onde: “É

¹⁰⁷ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p.151

assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. ”

Neste contexto, é válido o julgado trazido pela doutrina de Paulo Affonso Leme Machado, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar a Lei n. 6.938/81, firmou o entendimento de se tratar uma autorização com caráter não definitivo:

O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o § 1º de seu art. 10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação. (...) A alteração é ato precário e não vinculado, sujeito sempre às alterações ditadas pelo interesse público. (...) Querer o contrário é postular que o Judiciário confira à empresa um cheque em branco, permitindo-lhe que, com base em licenças concedidas anos atrás, cause toda e qualquer degradação ambiental.¹⁰⁸

A natureza jurídica de autorização se dá, essencialmente, pelos termos da própria lei quanto “renovação” e “revisão”, as quais concedem à Administração Pública o poder e o direito de intervir periodicamente para controlar a atividade licenciada. Com acerto justifica Paulo Affonso que “não há, com efeito, na licença ambiental um caráter de ato administrativo definitivo”.¹⁰⁹

Ainda em relação à sua definição jurídica, o conceito trazido pela doutrina de Curt Trennepohl e Terence Trennepohl se traduz por “um ato vinculado que afasta a discricionariedade por parte do administrador”. Interessa, sob o ponto de vista destes autores que, cumpridas todas as exigências legais, o Poder Público não pode ser negar a conceder a licença administrativa, que gera direitos ao seu detentor, inclusive indenização, em tese, no caso de revogação ou cancelamento indevido.¹¹⁰

E, com propriedade, Édís Milaré faz forte crítica ao conceito uníssono de ato vinculado, pois, ao seu entender, dúvidas surgem já que é muito difícil, senão

¹⁰⁸ TJSP, 7ª Câmara. AgR na Ação Civil Pública 178.554-1-6, rel. Des. Leite Cintra. J.12.5.1993.

¹⁰⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental Brasileiro*. 26 ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, p.335

¹¹⁰ TRENNEPOHL, Curt. *Licenciamento Ambiental*. Niterói: Editora Impetus, 2007. p.11

impossível, em dado caso concreto, proclamar cumpridas todas as exigências legais. A sua explicação se dá pelo motivo das normas ambientais serem muito genéricas, não estabelecendo, em regra, padrões específicos e determinados para esta ou aquela atividade, e, portanto, “o vazio da norma legal é geralmente preenchido por exame técnico apropriado, ou seja, pela chamada *discrecionariade técnica*, deferida à autoridade.”¹¹¹

Existe subjetividade quando está presente a *discrecionariade* por parte da Administração Pública, o que levanta o alerta para a insegurança jurídica caso o particular tenha cumprido com todas as exigências impostas e, do outro lado, há forte interesse em sentido contrário.

Milaré defende que as dificuldades em se obter licenças ambientais agravam quando se necessita de estudo prévio de impacto ambiental, pois, de acordo com a norma, o resultado não é vinculante para o administrador, que poderá escolher uma das soluções encontradas no relatório, mesmo que não seja ela a preferida da equipe técnica elaboradora do estudo.¹¹² Para tanto:

Dessa feita, decidir pesando impactos positivos e negativos, a distribuição do ônus e benefícios sociais etc., não é nem decisão vinculada nem *discrecionariade técnica*, mas decisão sobre a conveniência do projeto, o que afasta o ato administrativo do modelo tradicional da licença, aproximando-o da tipicidade da autorização¹¹³.

A crítica do autor se dá pela incoerência entre o termo licença, pois, de fato, o ato da outorga não traz nada de definitividade. E, em que pese se tratar de um ato administrativo meramente autorizativo, precário e com prazo de vigência, de outro norte a licença expedida possui sim um caráter de estabilidade, ainda que com prazo de validade, pois não pode ser suspensa ou revogada por simples deliberação, impõe-se pela efetiva e justificada motivação da Administração Pública.

¹¹¹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.p. 799

¹¹² MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 799

¹¹³ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.800

A questão que importa melhores aprofundamentos foi bem destacada pelo autor pois, ainda que disposta de certa “renovabilidade”, a licença ambiental não conflita com sua estabilidade, está, porém, sujeita à revisão, podendo ser suspensão e mesmo cancelada, em caso de interesse público ou ilegalidade supervenientes ou, ainda, quando houver descumprimento dos requisitos preestabelecidos no processo de licenciamento ambiental.¹¹⁴

2.3.1 A REVISIBILIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E DA LICENÇA AMBIENTAL

Ainda no tocante às características fundamentais de sua própria natureza jurídica, importa entender a ampla possibilidade da própria Administração Pública em modificar ou retirar a licença concedida, a chamada “revisibilidade”, sabidamente advinda do princípio fundamental do Direito Público, onde a Administração pode rever seus atos.

Caso persista algum erro ou omissão, há o dever da Administração Pública de sua revisibilidade, o que, em tese não adentra no enfoque da insegurança jurídica, pois, caso superado tal obstáculo, acarretaria maior segurança e estabilidade do particular detentor de tal licença.

Talden Farias, quando disserta a respeito do poder de revisão, destaca a possibilidade da Administração Pública, que em tese não caberia ao Poder Judiciário infringir esta competência, em adequar, anular, cassar, revogar ou suspender a licença concedida em pleno prazo de validade¹¹⁵. E complementa que:

O fundamento máximo do poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o individual, e, por este motivo, se torna evidente que a Administração Pública poderá sempre rever qualquer ato que supervenientemente à sua edição se mostre contrário ao interesse coletivo para revogá-lo em benefício da sociedade¹¹⁶.

¹¹⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.803

¹¹⁵ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p.159

¹¹⁶ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p.159

A ideia acima merece o seu devido contraponto. Primeiro pelo fato de o princípio da supremacia do interesse público adentrar na esfera do particular quando se está diante de uma licença ambiental que, por sua própria natureza, é revestida de estabilidade e legalidade. Segundo, sob a ótica do conflito com outros importantes princípios, principalmente, o da segurança jurídica que abarca o empreendedor em ter a sua licença, seja ela válida e sem vícios, estável.

A segurança jurídica como princípio denota efetiva motivação em qualquer ato administrativo, e, sabendo das possíveis fragilidades deste importante instrumento, sempre houve uma taxativa previsão de motivação na resolução 237/97 do CONAMA, especialmente quando analisados incisos I, II e III do art. 19:

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.

Importa, então, analisar dentro deste escopo a possibilidade de sua retirada do ordenamento jurídico, seja pela sua suspensão, anulação, cassação ou revogação. Em critérios conceituais, se a sua retirada for definitiva entende-se pela sua anulação, cassação ou revogação, já, temporária, a sua suspensão.

Um ponto que merece o destaque de Talden Farias no tocante à suspensão da licença ambiental se dá pela necessidade de adequação por parte do particular quando identificado algum equívoco ou omissão, seja em adequação à legislação ambiental ou às condicionantes ambientais impostas pelo órgão ambiental.¹¹⁷ Importa também observar que a suspensão muitas vezes é

¹¹⁷ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p. 165

fundamentada em possível risco ao meio ambiente, aí advém a utilização dos princípios ambientais como precaução e prevenção.

Já o caso de anulação, entende-se por um controle de legalidade efetuado pela própria Administração Pública ou, caso não o faça, pelo Poder Judiciário. Neste contexto é que foi editada a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A questão da revogação denota uma maior preocupação, pois, para Odete Medauar, “revogação é ato editado pela própria Administração para suprimir ato administrativo anterior, por razões de mérito, ou seja, por razões de conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público”¹¹⁸. A interpretação que se faz é analisar no caso concreto os motivos e fundamentos que atendem à supremacia do interesse público, acarretando-se, em muitos casos, insegurança jurídica ao particular caso a decisão não esteja corretamente fundamentada.

Ainda que revogado um ato administrativo, persiste divergências quanto ao direito adquirido e consequente indenização. Para Odete Medauar, sendo um ato vinculado, como é o caso das licenças ambientais, não deixam margem para a escolha com base na conveniência e na oportunidade, de maneira que não podem ser revogados. E, complementa, que se os atos dotados de legalidade, e, caso haja revogação por parte do ente público, caberá indenização pelos danos causados¹¹⁹.

Este é um debate que será posteriormente tratado, pois, com efeito, um pilar que acarreta muita insegurança jurídica se dá pela possível revogabilidade do

¹¹⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.183

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.185

ato e, igualmente, pela sua discussão a respeito da legalidade perante o Poder Judiciário.

Por fim, mesmo que se tratando de um ato precário, a licença ambiental é revestida de certa proteção legal ao particular, como é o caso da possibilidade de sua cassação que somente ocorrerá caso verificado o cumprimento das condicionantes que almejaram a mesma, ou, descumprimento dos seus limites.

2.3.2 CONVALIDAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Um dos aspectos interessantes do processo de licenciamento ambiental que perpassa dentro do conceito fundamental que atribui maior segurança jurídica se dá pela possibilidade de sua convalidação mesmo se licenciado por órgão incompetente.

A doutrina traz duas questões a este respeito: a) é possível que o órgão ambiental competente convalide o licenciamento ambiental praticado por órgão incompetente? B) caso seja possível, a convalidação não servirá como estímulo para que os órgãos incompetentes atuem fora de sua alçada?¹²⁰

A resposta não é facilmente encontrada na Lei Complementar n. 140/11, mas sim na Lei n.9.784/90 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Especificamente em seu art. 55, que estabelece: “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

O que deve ficar claro na questão de convalidação é o detalhe imposto pela própria lei quanto ao termo “vício sanável”, ou seja, ainda que licenciado por órgão incompetente, que em tese seria nulo de pleno direito, poderá ser corrigido por outro órgão competente para tanto. Tal disposição convalida, inclusive, os princípios da economia e da eficiência, que regem a Administração Pública.

¹²⁰ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. P. 138-139

Em se tratando de suposto estímulo à perpetuação de licenciamentos incompetentes, há que se concordar com a afirmação de Talden Farias quanto à inexistência de vantagem do órgão incompetente quanto ao licenciamento indevido, não há, dentro da Administração Pública, pretexto de competitividade, e, caso seja identificado algum desvio de finalidade, é o caso de responsabilização civil e criminal e não pela nulidade integral que prejudicará em muito a sociedade e o empreendedor envolvido.¹²¹

2.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À MATÉRIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Ainda no tocante aos fundamentos que importam na natureza jurídica que perpassam o estudo do licenciamento ambiental, não há como afastar a interpretação dos princípios que comumente são aplicáveis, seja dentro do poder discricionário do órgão público ou em discussão judicial, tornando-se, imprescindível a sua vinculação à teoria de Humberto Ávila

Herman Benjamin¹²², antes de se tornar ministro do Superior Tribunal de Justiça, descreve o Direito Ambiental com precisão:

O Direito Ambiental, como de resto toda disciplina jurídica, se estrutura sob a égide de princípios e normas próprios, que, por sua vez, giram em torno de um conceito chave, de um instituto que lhes serve de centro gravitacional: a ideia de função ambiental.

Por se tratar o Direito Ambiental derivado do Direito Administrativo, o licenciamento ambiental também está sujeito aos seus princípios, isto é, por se tratarem de atos que envolvem órgãos licenciadores integrantes do SISNAMA, através das diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente, devem ser aplicados também os princípios de Direito Público, como por exemplo, da primazia do interesse público, legalidade administrativa, da indisponibilidade do interesse público, da especialidade administrativa, do poder-dever do administrador público, da finalidade administrativa, da impessoalidade e moralidade pública, etc.

¹²¹ FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. P. 138-139

¹²² BENJAMIN, Antônio Herman V. *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.18

Não se fará neste estudo um aprofundado detalhamento dos princípios que envolvem o funcionamento da própria Administração Pública, mas, sim, dois princípios que impactam diretamente nas motivações que envolve o licenciamento ambiental: o princípio da precaução e o princípio da prevenção.

Dentre os princípios que regem o Direito Ambiental, talvez, sem dúvida, seja o princípio da precaução o norteador de todos os demais. Chamado de precaução ou cautela, pode-se dizer que sua origem se deu na conferência do Rio/92, porém, desde a convenção de Estocolmo já havia algo neste sentido. Assim descrito no décimo quinto princípio da convenção Rio/92, temos:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. “

O princípio da precaução se traduz na gestão de riscos, onde o Estado ou políticas vinculadas à proteção do meio ambiente estipulam regras e diretrizes para impedir ou conscientizar possíveis poluidores ou degradadores do meio ambiente. Trabalha-se, em resumo, na antecipação de forte potencial destruidor de determinadas atividades.

O conceito clássico pode ser extraído da doutrina internacional de Susan Wolf e Anna White: *“the essence of the principle is that in the absence of firm scientific evidence as to the effect of a particular substance or activity the protection of the environment should be the first concern*¹²³.

Interesse citar neste aspecto, que a UNESCO em 2005 emitiu um tratado, realizado pela *World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology*¹²⁴, abordando a respeito do princípio da precaução, no qual traz em

¹²³ “A essência do princípio é que, na ausência de evidências científicas sólidas quanto ao efeito de uma substância ou atividade específica, a proteção do meio ambiente deve ser a primeira preocupação”. WOLF, Susan, *Principles of environmental law*. 2ª ed. Great Britain: Biddles Ltd. 1997, p.16

¹²⁴ Site da internet acessado em 16 de março de 2019:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>

seu preâmbulo o conceito da responsabilidade *versus* economia: *“However, with more choice also comes more responsibility. Conscious of our roles as stewards of the world in which we live, notably on behalf of future generations, we must therefore take care in exercising these options.”*

Pilar Carolina Villar¹²⁵ descreve que o princípio da precaução se caracteriza pela ação antecipada, mesmo diante de incertezas ou ausência de conhecimento científico a respeito dos eventuais riscos ou prejuízos ambientais que determinada atividade ou empreendimento possa causar. Se analisarmos a jurisprudência brasileira, este princípio já esteve presente em grandes debates judiciais. Villar ainda¹²⁶ demonstra em seu estudo um julgado de grande importância, sendo válida a sua transcrição:

[...] Um exemplo clássico da aplicação do princípio da precaução é a sentença proferida em junho de 2000, pelo juiz federal Antônio Souza Prudente, da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação civil pública movida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor contra a União Federal e a empresa Monsanto do Brasil Ltda. e a Monsoy Ltda. Nesta ação, o IDEC pleiteava que a União fosse condenada a exigir da Monsanto a realização de estudo prévio de impacto ambiental antes da comercialização da soja transgênica *“round up ready”*. Em sua defesa, a empresa Monsanto, responsável pela soja, alegou que a soja transgênica *“round up ready”* não era nociva para a saúde, sendo desnecessário o estudo prévio de impacto ambiental.

Acolhendo o princípio da precaução, o magistrado julgou procedente o pedido do IDEC, condenando a União Federal a exigir a realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental da Monsanto do Brasil Ltda. [...] para liberação de espécies geneticamente modificadas. (ACP n.º 1998.34.00.027682-0)

E nessa linha de pensamento, Paulo de Bessa Antunes deixa claro que sua aplicação não pode se dar no “achismo”, devendo a dúvida a respeito do potencial risco ser fundamentada com análises técnicas e científicas, realizadas com base em protocolos aceitos pela comunidade internacional.

¹²⁵ Artigo *A proteção constitucional do meio ambiente e os princípios do direito ambiental*. Direito, gestão e prática: direito ambiental empresarial. Pilar Carolina Villar e Juliana Cassano Cibim (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017. (série GVLaw). p.38

¹²⁶ Artigo *A proteção constitucional do meio ambiente e os princípios do direito ambiental*. Direito, gestão e prática: direito ambiental empresarial. Pilar Carolina Villar e Juliana Cassano Cibim (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017. (série GVLaw), p.40/41.

A dúvida, entretanto, não se confunde com a mera opinião de leigos ou palpites. A dúvida, para fins de que se impeça uma determinada ação, é a dúvida fundada em análises técnicas e científicas, realizadas com base em protocolos aceitos pela comunidade internacional. O que tem ocorrido é que, muitas vezes, uma opinião isolada e sem a necessária base científica tem servido de pretexto para que se interrompam projetos e experiências importantes. Dúvida é um elemento fundamental no avanço da ciência, pois sem ela, ainda acreditaríamos na quadratura da terra. Todo conhecimento científico é sujeito a dúvida. O que não admite a dúvida é o dogma religioso que pertence a um domínio diferente da vida humana que é o campo da fé. É evidente que, se do ponto de vista científico existir uma dúvida – que não se confunde, repita-se, com um palpite, as medidas de precaução deverão ser tomadas.¹²⁷

De outro norte, o princípio da prevenção tem como fundamento o art. 225, caput da CF/88, quando determina ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente às presentes e futuras gerações. Villar aponta que este dever jurídico de evitar a consumação de danos (conhecidos ou esperados) ao meio ambiente, se dá pela plena atitude da prevenção, agindo de forma antecipada¹²⁸.

*The preventive principle requires more forward thinking actions on the basis that prevention is better than cure and steps should be taken to prevent or minimize the effects of pollution before the polluting process begins.*¹²⁹

Aqui se faz um parêntese quanto ao princípio da precaução. Ao passo que caso a incerteza que sustenta o princípio da precaução se torne uma certeza científica, nada obsta que a decisão aplicada seja reformada, não se está diante de um direito perpétuo e absoluto. Porém, mesmo com a dita “certeza científica”, não significa dizer que o mesmo não possa ser enquadrado em critérios do princípio da prevenção por ser possivelmente poluidor.

Assim o licenciamento ambiental talvez expresse o processo administrativo que melhor se encaixa nos conceitos de ambos os princípios. O

¹²⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Política Nacional do Meio Ambiente*, São Paulo: Lumen Juris. 2005. p.28/29.

¹²⁸ Artigo *A proteção constitucional do meio ambiente e os princípios do direito ambiental*. Direito, gestão e prática: direito ambiental empresarial. Pilar Carolina Villar e Juliana Cassano Cibim (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017. (série GVLaw), p. 42

¹²⁹ O princípio preventivo requer mais ações prospectivas com base no fato de que é melhor prevenir do que remediar e medidas devem ser tomadas para prevenir ou minimizar os efeitos da poluição antes do início do processo poluidor. WOLF, Susan, *Principles of environmental law*. 2ª ed. Great Britain: Biddles Ltd. 1997, p.15

legislador se preocupou, ao editar as normas do Direito Ambiental, em criar mecanismos de proteção ao meio ambiente, sendo imposto ao particular a demonstração dos riscos e possíveis danos que o empreendimento causará.

Villar aponta que o estudo prévio de impacto ambiental feito no processo de licenciamento ambiental pode ser o principal instrumento indicador de quais são as medidas compensatórias e mitigadores a serem adotadas antes da implantação do empreendimento, visando, estritamente, conciliar a proteção ao meio ambiente.¹³⁰

Da responsabilidade jurídica de prevenir decorrem obrigações de fazer e de não fazer. Reh binder, citado por Paulo Affonso de Leme Machado, correlaciona que o princípio deve “inibir ou limitar mais adiante da margem do perigo, a criação possível de danos ambientais”, isto é, o risco residual para a poluição e para o ambiente deve limitar-se ao mínimo. Este mesmo autor¹³¹ ainda destaca que o posicionamento preventivo tem por fundamento a responsabilidade no causar perigo ao meio ambiente, é um aspecto da responsabilidade negligenciado por aqueles que se acostumaram a somente visualizar a responsabilidade pelos danos causados.

Com estas premissas, torna-se válida a assertiva de Ulrich Beck em sua análise de uma sociedade de risco, ressaltando que a transição da era industrial para um período de riscos ocorre de uma maneira invisível e inconsciente, dentro do processo de modernização.¹³²

Entenda-se, portanto, a diferenciação entre os dois citados princípios: 1) no princípio da prevenção há certeza científica que determinada atividade possa resultar em dano ambiental, e, no princípio da precaução existe incerteza ou controvérsia científica que determinada atividade possa resultar em dano

¹³⁰Artigo A *proteção constitucional do meio ambiente e os princípios do direito ambiental*. Direito, gestão e prática: direito ambiental empresarial. Pilar Carolina Villar e Juliana Cassano Cibim (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017. (série GVLaw), p.43

¹³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.35/36.

¹³² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

ambiental; 2) na prevenção o risco de dano ambiental ou de perigo é sabidamente conhecido, e na precaução o risco de dano ambiental é temido. 3) na prevenção é possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atividade e os impactos ambientais, já na precaução não é possível estabelecer o nexo diante da incerteza científica. 4) na prevenção o dano é concreto e mensurável, já na precaução existe uma ameaça, uma probabilidade de dano.

Caminhando à junção do problema entre conflitos e regras, agora, com a conceituação básica destes dois importantes princípios, extrai-se de forma clara a existência de uma forte antinomia. Indaga-se, como sopesar direitos fundamentais tão importantes em uma sociedade democrática como prioriza a CF/88?

Leonardo Borges, doutrinador que defende em sua tese a necessidade de os Estados aplicarem internacionalmente a teoria da prevenção,¹³³ afirma que os princípios garantem a coerência e acentuam a homogeneidade do direito ambiental, uma vez que ordenam as regras segundo uma estrutura racional e universal. Nesse sentido é que se torna necessário, ao aplicador do Direito, a devida ponderação, não colocando, no caso concreto, o meio ambiente como absoluto bem jurídico social a ser protegido, desconsiderando em muitos casos, a necessidade real do desenvolvimento industrial ou social daquela área em litígio.

Com efeito, entende-se, que, havendo o preenchimento pelo particular dos requisitos legais na implementação de novas tecnologias ou de empreendimentos que em tese possam vir a causar impacto ambiental, por regra, não se pode admitir, sem fundamento científico, a absoluta preponderância dos princípios da prevenção ou da precaução, ao passo que esta atitude do magistrado violaria diretamente a segurança jurídica concedida ao particular.

Já dizia o ministro Herman Benjamin, ainda quando membro do Ministério Público de São Paulo, que o antagonismo sobre a defesa do meio ambiente *versus* desenvolvimento adveio desde a década de 70, quando o Direito

¹³³ BORGES, Leonardo Estrela. *As obrigações de prevenção no Direito Ambiental internacional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.39

Ambiental recebia contornos mais precisos, sendo comum ver o debate sobre política ambiental ser posto em termos de crescimento econômico versus meio-ambiente. Porém, afirma: tal antagonismo mostrou-se, no decorrer dos anos 80, incorreto, já que as relações entre economia e meio-ambiente não têm, necessariamente, que ser conflitivas.¹³⁴

O que melhor expressa o momento ambiental do Brasil é a citação de Antunes¹³⁵, que critica o ambientalismo excessivo, chamando de “Poluição zero”:

Uma tendência bastante marcante no chamado desenvolvimento ambientalista é a do preservacionismo que pretende a intocabilidade dos bens ambientais e a chamada poluição zero. Conceitualmente entre os adeptos de tal maneira de compreender a realidade, a simples emissão de produtos no ambiente se confunde com poluição e atividade ilícita.

A matéria referente ao nível tolerável de poluição, bem como o papel desempenhado pelos órgãos ambientais no estabelecimento de parâmetros de emissões admissíveis, tem sido submetida ao crivo do Poder Judiciário que, em recente decisão, proferida pelo TRF da 4ª Região que, reconhecidamente, é um dos Tribunais brasileiros mais empenhados na defesa do meio ambiente, reconheceu a impossibilidade concreta da existência de um padrão de poluição zero.

Conclui-se, ainda que brevemente, pela necessidade de o ordenamento jurídico atual observar estes possíveis conflitos e sopesar, dentro do caso concreto, os direitos que a lei buscou resguardar, e principalmente, o motivo pelo qual o legislador buscou ao escrever a regra expressa, não deixando margem à aplicação absoluta de princípios gerais, que conseqüentemente geram uma insegurança jurídica em uma sociedade em rápido desenvolvimento. A regra de ouro, por assim dizer, se dá pela correta análise técnica, científica, excluindo-se os preceitos pessoais e interesses sociais no caso prático, aplicando-se a correta ponderação das normas conflitantes.

¹³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.12

¹³⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Indústria siderúrgica: impactos ambientais e controle da poluição*. Revista de Direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.25, 2002, p.189-91.

Capítulo 3

A SEGURANÇA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A NECESSÁRIA SEGURANÇA JURÍDICA AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O vigente ordenamento jurídico, nos moldes de um Estado de Direito com fundamento em uma constituição garantista, necessariamente parte do pressuposto da exigência de segurança jurídica. Sem ela não há ordem ou estabilidade das leis ou de seus próprios atos.

A questão como posta no primeiro capítulo denota um forte enfraquecimento dos antigos e clássicos conceitos positivistas, maculados por uma visão ampla de justiça e excesso de poder, ou melhor, o seu abuso diante da desenfreada atuação e competitividade entre os poderes, atribuindo ao licenciamento ambiental o desvio do seu fim original que é essencialmente protetivo e também econômico.

Sem dúvidas que o positivismo jurídico de Hans Kelsen e a teoria da segurança jurídica exposta por Humberto Ávila vêm perdendo força dentro da atual conjuntura jurídica e política. Mas não há como afastar a intenção do constituinte quanto ao pilar fundamental que é a busca por uma constante segurança jurídica. A fraqueza é tanta que constantemente o legislador reforça a necessidade de promulgar novas leis neste sentido, como o art. 927, § 3¹³⁶ do atual Código de Processo Civil quanto à modulação dos efeitos quando se altera predominante jurisprudência dos tribunais superiores. Talvez, quem sabe, o atual ordenamento jurídico esteja migrando da *civil law* para a *common law*.

¹³⁶§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Em recente comentário ao termo segurança jurídica, o ex-presidente da OAB Federal, Marcos Vinicius Furtado Coêlho, destaca uma forte necessidade de confiabilidade no Estado:

A segurança jurídica pressupõe confiabilidade, clareza, transparência e racionalidade das ações do Estado, bem como a confiança dos indivíduos a respeito de suas disposições pessoais e os efeitos jurídicos decorrentes de seus atos. Para isto, exige-se do corpo judicial que suas ações e decisões possam ser minimamente previstas e conhecidas pelos cidadãos. Dessa forma, a aplicação retroativa de jurisprudência não pode ser automática, quando envolvidos direitos das partes, encontrando-se solução que resguarde comportamentos até então praticados em conformidade com o ordenamento jurídico.

Não se trata, pois, de imobilização da atividade judicial, mas apenas de reconhecer eficácia ao princípio da segurança jurídica na tutela da confiança legítima do cidadão perante o sistema de justiça. É, por extensão, o cumprimento da função máxima do Judiciário de alcançar a pacificação social segundo os valores constitucionais vigentes.¹³⁷

O chamado "espírito" ou "sentido cívico" e do "sentimento de pertença" a uma comunidade política, como o que Herbert Hart chama de "aceitação interna" e da lei espontânea são nada mais o fruto desse sentimento de reciprocidade e, portanto, de solidariedade e lealdade política e social, sem o qual nenhum sistema jurídico poderia funcionar.¹³⁸

A insegurança jurídica perpetuada pelas decisões contraditórias e conflitantes com direitos fundamentais, ou a desconfiança da sociedade nas leis e no Estado, quebra este espírito social e destitui por completo qualquer sentimento cívico, pois não há como sustentar reciprocidade sem contrapartida do Estado em *estabilidade, previsibilidade e cognoscibilidade*.

“Quando um costume prolongado adquire a autoridade de uma lei, não é sua longa duração que determina a autoridade, mas a vontade do soberano expressa por seu silêncio (pois, às vezes, o silêncio é um argumento de aquiescência)”. Essa ideia exposta por Hobbes¹³⁹ representa uma prolongada

¹³⁷ Marcos Vinicius Furtado Coêlho. <https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/constituicao-seguranca-juridica-retroatividade-jurisprudencial-stf>

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría Del Derecho y De Da Democracia*. Vol. 2. xiii las dimensiones democracia formal y democracia sustancial. PDF.p.64

¹³⁹ Hobbes, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012. P.213-214

desconfiança e descrédito atual do sistema jurídico, denota-se que o silêncio, aqui, é a consequência de reiterado descumprimento das leis e dos preceitos fundamentais, violando-se a ordem e a segurança jurídica.

Outro ponto interessante a ser repensado sobre a segurança jurídica se dá pela visão de Rousseau a respeito da posição do magistrado e suas diferentes vontades:

Em primeiro lugar, a sua vontade própria que só tende para sua vantagem particular; em segundo lugar, a vontade comum dos magistrados, que se relaciona unicamente com a vantagem do Príncipe e que podemos chamar de vontade do corpo, a qual é geral em relação ao governo e particular em relação ao Estado, do qual o governo faz parte; em terceiro lugar, a vontade do povo ou a vontade soberana, a qual é geral tanto em relação ao Estado considerado como o todo, quanto em relação ao governo considerado como parte do todo.¹⁴⁰

Hobbes pensou da mesma forma quando disse que o juiz subordinado deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença esteja em conformidade com ela e, nesse caso, seja a sentença do soberano; do contrário, será a *sua* sentença, e, portanto, injusta.¹⁴¹

Não é difícil interpretar a importante contribuição dos antigos pensadores políticos que quem produz as leis não a ponha em execução, está nesse conceito uma importante diretriz entre Direito e justiça. Citando Rousseau: nada é mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios públicos e o abuso das leis por parte do governo constitui um mal menor que a corrupção do legislador.

142

A almejada segurança jurídica é fruto da persistência dos atores e dos operadores do Direito, seja dentro ou fora de um litígio, questionando-se atos e decisões até que se mude a atual jurisprudência conflitante que visualiza o Direito sob uma única ótica: a da prevalência absoluta da proteção ao meio ambiente e da

¹⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini – Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed. 2015.p.62

¹⁴¹ Hobbes, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.p.216-217

¹⁴² ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini – Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed. 2015.p.62

primazia pelo descrédito nos atos administrativos. Estes fundamentos somente são possíveis a partir do reconhecimento de que existem fragilidades no próprio processo administrativo e “injustiças” perpetuadas pelas reiteradas decisões.

3.2 O PODER DECISÓRIO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E OS LIMITES À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

“How should judges interpret statutory and constitutional law so that is rule is a reality that is consistent with a constitutional democratic ideal?”¹⁴³

A dúvida exposta pelo memorável *justice* Antonin Scalia da Suprema Corte Norte Americana é um amplo debate que percorre o estudo do Direito por décadas. Com brilhantismo Scalia desenvolveu dentro da doutrina, e, em sua longa atuação na Suprema Corte, um debate com renomados doutrinadores (como Dworkin) a respeito do poder decisório do juiz e a interpretação (construção do julgamento) das leis constitucionais.

A ideia por trás do pensamento de Scalia era, com efeito, “law mean what they actually say, not what legislators intended them to say but did not write into the law`s text for anyone to read.”¹⁴⁴ Esse questionamento levantou controvérsias, pois, na civil law, modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro, defende-se uma ampla interpretação em razão da intenção do legislador e não no originalismo da lei como defendido pelo *justice*.

Se voltarmos ao pensamento de Eros Grau a respeito deste contexto, o fato é que não se interpreta a norma, “a norma é o resultado da interpretação”. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma

¹⁴³ “Como os juízes devem interpretar as leis estatutárias e constitucionais de modo que a regra seja uma realidade consistente com um ideal constitucional democrático?” SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton University Press, 2018. p.7

¹⁴⁴ “Lei significa o que eles realmente dizem, não o que os legisladores pretendiam que eles dissessem, mas não escreviam no texto da lei para alguém ler.” SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton University Press, 2018. p.7

quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

Ainda dentro de sua conclusão, o ex-ministro ressalta que a interpretação é uma prudência, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que deve (não que pode) tomar.¹⁴⁵

A partir desta ideia é que torna oportuno identificar dentro do poder decisório os limites que conferem maior segurança jurídica, pois certeza não há. Como visto atualmente expõe-se a fragilidade da letra expressa da lei em prol de princípios abstratos e, ainda, contrário ao que a própria lei determina, existe forte desvio buscando-se interpretar a “intenção do legislador”.

Uma primeira questão que envolve o estudo do poder decisório em matéria de licenciamento ambiental em seu âmbito procedimental administrativo se dá pela identificação do poder discricionário do órgão licenciador e da possibilidade ou não de vinculação de decisão positiva ao particular caso sejam cumpridos todos os requisitos e condicionantes impostas pelo órgão.

Para Eduardo Fortunato Bim, o processo decisório do licenciamento é “aquele no qual o órgão ambiental opta por permitir, com ou sem condicionantes, ou negar certa atividade ou empreendimento com, no mínimo, algum risco ao meio ambiente. ” Portanto, a análise decisória decorre após a verificação do possível impacto ambiental e da importância da atividade ou do empreendimento.

Dentro do próprio poder decisório destinado ao órgão licenciador prepondera um grau de discricionariedade e ponderação de valores (meio ambiente *versus* economia), pois, há dentro da atividade licenciadora a necessidade de proceder a um juízo quanto à viabilidade ambiental não somente na verificação de requisitos formais, mas, também, na verificação do possível impacto ambiental e dos demais interesses sociais envolvidos. E essa harmonização é descrita na

¹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.18

doutrina como uma parcela do juízo discricionário do órgão licenciador, onde, basicamente, atua no papel de valorar interesses em conflitos para proceder a um juízo de viabilidade ambiental.¹⁴⁶

Extrai-se de plano amostras dentro do poder discricionário atribuído ao órgão licenciador que geram parte da insegurança jurídica que é atribuída ao licenciamento ambiental, pois qualquer decisão que perpassa a vontade intrínseca de valores subjetivos e não formais, pode ser alvo de excesso ou abuso de poder com forte apego à interesses próprios ou ideologias do órgão estatal.

Daniel Roberto Fink deixa claro que o “controle jurisdicional do *procedimento* do licenciamento ambiental não deve ser considerado uma substituição do Poder Executivo pelo Judiciário, ou uma injunção desse Poder naquele”¹⁴⁷. Claramente, a assertiva do autor se dá pelos limites legais impostos e pelo princípio dogmático da tripartição dos poderes. ¹⁴⁸

A discussão que se constrói diante deste cenário se dá pelo constante conflito entre direitos fundamentais, ainda que certo que o agente deverá se pautar pelas máximas da proporcionalidade e da razoabilidade em sua decisão, mas abre margem à uma aplicação desenfreada de cláusulas vagas ou princípios para justificar uma inexistente supremacia do meio ambiente. Há que existir um contrapeso e um balanceamento entre direitos fundamentais, e nesse sentido válida a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...] 5. Licenciamento ambiental. A LF n.6.938/81 e a Constituição Federal não opõem a atividade econômica à preservação ambiental; propõem a composição e balanceamento delas, de modo que a uma não se exerça em detrimento da outra. A lei admite que a atividade econômica degrada o meio ambiente; por isso prevê que a licença seja precedida da avaliação do impacto ambiental, a partir da qual o projeto será alterado, proibido ou licenciado mediante as medidas de mitigação e compensação que forem definidas. Não há oposição, mas complementação entre a avaliação do impacto ambiental e o licenciamento da atividade ou empreendimento.

¹⁴⁶ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.03

¹⁴⁷ FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.83

¹⁴⁸ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.04

(TJSP, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, AC 0000339-24-2008.8.26.0116, rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 02/10/2014.¹⁴⁹

Bim ainda defende uma existente dicotomia entre direito ambiental *versus* direito ao desenvolvimento, algo antigo na doutrina ambientalista, quando diz ser indevida a redução dos diversos direitos envolvidos no sopesamento do processo decisório ambiental. Defende que não há como sugerir que é o meio ambiente contra o resto do mundo, o correto; de outro norte, é considerar o meio ambiente como um dos valores envolvido no processo decisório ambiental.¹⁵⁰

Atribuir segurança jurídica dentro do âmbito administrativo se dá por um correto balanceamento do órgão licenciador dos valores que estão em jogo, essa, de acordo com a doutrina é a função do licenciamento ambiental.¹⁵¹ E, ainda, dentro deste poder de polícia que possui forte viés discricionário, há que ater aos princípios constitucionais e administrativos que vedam à Administração Pública atuar fora dos seus limites.

Persiste ainda o questionamento quanto à estabilidade do ato decisório, pois há, dentro do conceito constitucional de separação de poderes limites impostos ao objeto de análise, seja através de outros órgãos administrativos (como é o caso da competência supletiva e não vinculativa) ou através do Poder Judiciário e seus demais atores. Se analisarmos um posicionamento proferido pelo TRF da 4ª Região, há o entendimento que não compete ao Judiciário ou ao Ministério Público adentrar na matéria de mérito quanto à decisão em licenciamento ambiental, tendo em vista a separação dos poderes:

[...] gerir a política nacional do meio ambiente e sopesar a relação custo/benefício de cada um dos empreendimentos que pode causar impacto ambiental. Destarte, não é função do judiciário definir se determinado empreendimento, quando atendidos os tramites legais do licenciamento ambiental, é viável ou não, seja do ponto de vista ambiental, seja do ponto de vista socioeconômico. Essa é a função do poder executivo, com o auxílio do legislativo, compostos por pessoas que exercem suas funções públicas em razão da escolha popular. Deveras, o

¹⁴⁹ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.05

¹⁵⁰ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.10

¹⁵¹ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.12

poder judiciário não pode, como regra, interferir nas políticas públicas definidas pelos demais poderes. Não cabe ao juiz realizar opções políticas ou eleger alternativas que estejam dentro do poder discricionário da administração, salvo se drasticamente malferido o princípio da legalidade e da razoabilidade, nos casos de completa falta ou falha do procedimento administrativo empregado.¹⁵²

A atual jurisprudência e a construção de precedentes em matéria ambiental, não demonstra com clareza a separação de poderes, verificado pela forte atuação do Poder Judiciário quando a matéria em discussão é o meio ambiente. Eduardo Bim destaca que nem a Lei n. 6.938/81 e nem a Constituição preceituam a supremacia da questão ambiental, submetendo-a à ponderação com os demais valores. Alerta o autor que uma escolha por um valor, tomada como absoluta, *a priori*, deve ser cuidadosamente analisada, uma vez que a Constituição protege vários valores, não apenas o ambiental.¹⁵³

A defesa pela segurança jurídica em matéria do poder decisório do licenciamento ambiental passa em um segundo momento sob a ótica da intervenção do Poder Judiciário, seja pela criação de decisões que transpassam a legislação vigente ou, ainda, através de um “decisionismo judicial” baseado em cláusulas gerais ou princípios vagos, afastando-se a competência decisória do órgão licenciador por fundamentos alheios aos interesses da sociedade que se pauta pela separação dos poderes.

Sob o prisma da análise doutrinária no conflito de direitos fundamentais ou conflito entre normas, o avanço econômico é barrado, como anteriormente visto, pela aplicabilidade desenfreada de princípios e cláusulas abstratas que em muitos casos violam outros princípios ou direitos fundamentais de igual hierarquia ou valor.

Existe na doutrina forte apego aos princípios que visam proteger o meio ambiente, e, sem qualquer dúvida o princípio da precaução se tornou um dos trunfos aplicados em matéria protecionista ao meio ambiente frente aos possíveis impactos ambientais, diga-se, se considerarmos o preciosismo da não degradação

¹⁵² TRF da 4ª turma, AC 5001170-58.2010.404.7004, RELATOR DES. FED. Luís Alberto D`Azevedo Aurvalle, julgado em 10/12/2015.

¹⁵³ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P.15

que existe atualmente, colocando em cheque o próprio desenvolvimento urbano e econômico.

Para o completo entendimento sobre o conflito de normas fundamentais, cita-se o conceito de Alexy¹⁵⁴ que classifica os direitos fundamentais de uma forma sistêmica, ou melhor, estrutural, pois de fato crítica que muito dos tribunais constitucionais (em especial o Tribunal Constitucional Federal Alemão) há um conjunto de teorias sobre direitos fundamentais como ponto de partida de suas interpretações, sem que, nessa alternância, seja possível reconhece um sistema. Alexy simplifica que essas teorias podem colidir entre si de diversas formas.

Talvez em razão de sua natureza jurídico-normativa, os princípios se tornaram ferramentas práticas na aplicação de políticas que visam a proteção de um meio ambiente ecologicamente sustentável - não há dúvidas. Porém, abre margem à subjetividade, tornando a atuação dos órgãos, seja do Poder Executivo ou do Judiciário, uma criteriosa análise sobre qual Direito se está querendo proteger: seja o meio ambiente ou as ditas garantias constitucionais.

A teoria anteriormente exposta de Humberto Ávila¹⁵⁵ nos demonstra que quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo a sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso. Nessa mesma linha, explica Sarlet e Fenstersifer¹⁵⁶:

É cediço no seio da doutrina majoritária e mesmo em sede jurisprudencial, ao menos para o caso brasileiro, que os princípios são espécies do gênero normas e, como tais, são dotadas de eficácia, aplicabilidade, almejando obter a respectiva eficácia social ou efetividade, ainda que não se verifique o mesmo grau de consenso (e isso cada vez mais) em torno de qual seja a medida e o alcance da eficácia e aplicabilidade dos princípios jurídico-constitucionais, inclusive pelo fato de as normas-princípios cumprirem funções distintas na ordem constitucional. Nesse contexto, calha referir, em caráter ilustrativo, o caso da discussão sobre a eficácia e aplicabilidade dos princípios, ou seja, se ela é o não (e em que caso) direta, ou de como se comportam os princípios quando em concorrência ou mesmo conflito com outros princípios ou regras, bem como (e esse aspecto é

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p.42

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª ed revista. São Paulo: Malheiros, 2010. p.26

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Princípios do direito ambiental*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.27

seguramente um dos mais controversos) sobre qual a margem de apreciação que os princípios deferem aos órgãos estatais, especialmente quando em pauta o controle de seus atos (com destaque para os atos legislativos e administrativos) com base nos princípios, tal como se verifica nos casos de controle de constitucionalidade.

Alexy¹⁵⁷ desenvolveu uma teoria para auxiliar o intérprete a resolver os casos de colisão entre princípios:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas, também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

E, se pegarmos a ideia do Estado Pós-social defendido por Chevallier é fácil identificar hoje uma conjuntura de um Estado Constitucional Ecológico, desafiado pela crise ecológica e pelo rápido avanço da sociedade industrial e tecnológica. Para Sarlet, no atual Estado de Direito, a questão da segurança ambiental toma um papel central:

Assumindo o ente estatal a função de resguardar os cidadãos contra novas formas de violação da sua dignidade e dos seus direitos fundamentais por força do impacto ambiental (socioambiental) produzido pela *sociedade de risco* (Ulrich Beck) contemporânea.¹⁵⁸

De outro norte, a crítica feita por Marcelo Dantas é que a proteção do meio ambiente não é, na relação de ponderação, hierarquizada em relação de precedência absoluta e exclusão *prima facie*, de pretensões e interesses de quaisquer naturezas¹⁵⁹. E, segue neste caminho o entendimento de Eduardo Bim que afirma que o uso da fórmula *in dubio pro natura* nada mais faz do que criar uma preferência inexistente e inaceitável em nosso ordenamento jurídico, descarregando um ônus argumentativo desproporcional em quem o desafia. Destaca que o efeito nefasto é livrar o decisor de ponderar os direitos em jogo e

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.90-1

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Princípios do direito ambiental*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.40

¹⁵⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

fundamentar concretamente sua decisão, uma vez que tem a fórmula vazia à mão que resolve a dúvida entre valores conflitantes sempre a favor do meio ambiente.¹⁶⁰

Quer dizer, não se pode considerar que em todos os casos em que há efetivamente um conflito entre direitos fundamentais, que a preservação do meio ambiente seja considerado como absoluto. Nesse sentido, válida a hipótese trazida por Fernanda de Salles Vavedon:

Assim, a decisão que privilegie totalmente o Direito de Propriedade, anulando do direito da Sociedade de ver mantida a integridade das áreas de preservação permanente; ou que privilegie o Direito ao Meio Ambiente, anulando completamente o Direito de Propriedade, podem ser consideradas decisões arbitrárias, por ferirem o núcleo essencial de tais direitos. São decisões que se mantêm nos extremos, não alcançando o meio-termo que caracteriza a decisão justa.¹⁶¹

Não se pode negar que há, na prática, violação das “regras do jogo”, pois de fato, conforme conclui Dantas, a ampla discricionariedade ao decidir um caso de uma maneira ou outra se traduz em uma ficção, pois de fato o magistrado “legisla sobre novos direitos” e aplica-os retrospectivamente para o caso que tem em mãos:

Pode-se dizer, portanto, que um dos grandes méritos de Dworkin concentra-se no reconhecimento de que as situações da vida que não estão submetidas a qualquer regra jurídica reguladora, uma vez trazidas a juízo, merecem uma solução baseada nos princípios e não em direitos criados pelo juiz e aplicados retroativamente. Isto fica claro a partir da contundente assertiva do autor segundo a qual “permanece sendo dever do juiz, mesmo em casos difíceis, descobrir quais os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente”.

Logo, torna-se necessário adaptar o conceito de casos difíceis para a nossa realidade, em que, diferentemente do que ocorre nos regimes da *common law*, normalmente há solução legal regulando a hipótese. Assim, um caso difícil em nosso sistema seria aquele em que, embora possa até mesmo existir regra incidindo à espécie, haja colisão de princípios.¹⁶²

¹⁶⁰ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P.22

¹⁶¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.50.

¹⁶² DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.19

Não restam dúvidas que o tema possui relevância e divergências, ao passo que o Direito Ambiental em específico possui um complexo sistema de normas, proporcionando um campo maior para o acontecimento de conflitos. Já dizia Norberto Bobbio¹⁶³, que a situação das normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade diante da qual se encontram os juristas de todos os tempos, e que tomou uma denominação característica de antinomia.

Tomando novamente a tese de Ávila, criam-se critérios mais seguros na solução de tais conflitos fundamentais e que pelo requisito de estabilidade de previsibilidade, deverá prevalecer em muitos casos uma regra expressa em detrimento de um princípio constitucional:

Normalmente, afirma-se que, quando houver colisão entre um princípio e uma regra, vence o primeiro. A concepção defendida neste trabalho segue percurso diverso. Em primeiro lugar, é preciso verificar se há diferença hierárquica entre as normas: entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa, se princípio ou regra. Por exemplo, se houver conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo. Isso que dizer, a prevalência, nessas hipóteses não depende da espécie normativa, mas da hierarquia. No entanto, se as normas forem de um mesmo nível hierárquico, e ocorrer um conflito, deve ser dada primazia à regra.¹⁶⁴

Neste conceito é de se observar que o atual Código de Processo Civil buscou solucionar o caso em seu artigo 489, parágrafo 2º onde destaca que em casos de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Canotilho¹⁶⁵ cita uma passagem do STF onde destaca a importância da ponderação entre os valores constitucionais relevantes do desenvolvimento nacional e da preservação ambiental:

[...] seja superado mediante “ponderação concreta em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem à harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente,

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, São Paulo: Edipro, 2011, p. 87.

¹⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª ed revista. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, desde que não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.” (STF ADI-MC 3540-1/DF 2005. Rel. Min. Celso de Mello)

Já Hans Kelsen e sua teoria pura demonstra que a justiça é uma ideia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição. Considerada a partir da perspectiva da cognição racional, existem apenas interesses e, conseqüentemente, conflitos de interesses. Sua solução pode ser alcançada por uma ordem que satisfaça um interesse em detrimento de outro ou que busque alcançar um compromisso entre interesses opostos.¹⁶⁶

Estes exemplos clássicos e fundamentos de específica doutrina que busca, através da prática e da realidade jurisprudencial, modificar a visão irrestrita do atual ordenamento jurídico quanto aos excessos decisórios, colocando, por sua vez, o licenciamento ambiental em profunda insegurança jurídica. Pois, de fato, a aplicação de ilegalidade ao ato administrativo, seja ela justificada aplicação de conceitos vagos, somente corrobora com a necessidade de maior apego ao positivismo que sustenta um Estado Democrático de Direito, modificando-se o atual viés interpretativo (a intenção do legislador e a intenção do julgador), uma reinstauração do conceito de *originalismo da lei* de Antonin Scalia.

3.2.1 AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Prepondera no processo administrativo de licenciamento ambiental um caráter dinâmico, o ato é contínuo e permanente, mesmo que com licença ambiental já emitida, pois persiste um constante controle e avaliação da execução do empreendimento. Há, neste ponto, margem à discussão.

Para Carlos Alberto de Salles não é novidade que a defesa do meio ambiente apresenta problemas peculiares a exigirem um tratamento jurisdicional

¹⁶⁶ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016 p.19

diferenciado das situações normais atendidas pelo processo civil.¹⁶⁷ E esse tratamento diferenciado pelo Poder Judiciário se dá, principalmente, pela criação da Política Nacional do Meio Ambiente e, em termos processuais, da promulgação da Lei n. 7.347/85 que criou a ação civil pública.¹⁶⁸

“A discricionariedade do Executivo nada mais é do que um reflexo da discricionariedade do legislador, que deixa espaços decisórios entreabertos para que o Executivo faça as calibrações necessárias”¹⁶⁹. Este belíssimo conceito de Eduardo Bim deixa clara a legitimidade e a escolha do Poder Executivo com respaldo legal, que, primordialmente, não pode, por critérios distintos, ser desestabilizada pela atuação do Poder Judiciário e dos demais protetores da lei.

Afirma este mesmo autor que o parâmetro para o *judicial review* deve ser o disparate manifesto da opção administrativa, sob pena de anular a vantagem prática da separação dos poderes (especialização das funções) com a sobreposição de vontades. Cita, neste contexto, a lição de Hamilton em O federalista n. 78, no sentido de que, se os juízes, no processo de interpretação da lei ou da constituição “tentarem substituir o julgamento por vontade, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores”.¹⁷⁰

Prepondera dentro da atual doutrina, com novos pensamentos, uma visão de resgatar a autocontenção do judiciário, que é o inverso do *decisionismo* ou da criação de leis dentro do órgão julgador, pois, para Eduardo Bim:

A autocontenção judicial é necessária para que o Judiciário não crie ou altere o procedimento com base em seus próprios parâmetros e torne a separação de poderes desnecessária, ao substituir as funções do Legislativo e do Executivo, contribuindo para a insegurança jurídica.

A indesejável criatividade judicial não se expressa apenas por decidir sem base legal, com fulcro em princípios ou buscando a analogia, mas também

¹⁶⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.87

¹⁶⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.87

¹⁶⁹ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.431

¹⁷⁰ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.432

pela integração de diplomas legais imiscíveis, ainda que em parte, ao se criar, por exemplo, uma nova fase ou audiências não previstas na legislação de regência. É por causa da autocontenção judicial em matéria procedimental que o Judiciário brasileiro nega estabelecer novas fases processuais apenas com previsão em lei processual genérica.¹⁷¹

O ponto de partida a respeito dos limites da intervenção do Judiciário se dá em diversos planos, tendo a premissa primordial do papel da discricionariedade administrativa no processo de licenciamento ambiental. Há que se ater aos fundamentos até então discutidos:

- (i) Ele exige o balanceamento dos interesses em jogo; (ii) existem limites para o conhecimento humano, ainda que científico, não sendo raras as divergências entre os cientistas e suas metodologias; (iii) o licenciamento não é onisciente ou exauriente, não sendo o conhecimento tão exato ou pacífico quanto se imagina; (iv) a ciência não é imune à política e, conseqüentemente, não é neutra, e por fim, (v) não se deve seguir modismos científicos.¹⁷²

Constantemente o Judiciário ultrapassa o limite legal da separação dos poderes e intervém de forma incisiva na análise de critérios científicos e jurídicos que embasam a concessão ou não de licenças administrativas, é o caso, como exemplo, onde interpreta-se por uma ilegítima competência do órgão licenciador, desencadeando-se uma discussão a respeito do resultado propriamente exclusivo do órgão administrador e sua especial funcionalidade.

E essa inafastabilidade está prevista constitucionalmente, pelo art. 5º, XXXV, segundo o qual qualquer direito pode ser contestado perante o Judiciário (controle jurisdicional), adentrando-se em mais um ponto que afeta a segurança jurídica do ato administrativo e desestabiliza qualquer licenciamento ambiental que, em tese, goza de certa autonomia técnica e científica suficiente para a emissão da almejada licença, autorizando-se empreendimentos ou atividades que tenham dentro do suporte científico específico suporte para tal.

A autocontenção inclusive foi alvo de discussão perante o STF, ocasião em que o ministro Luís Roberto Barroso reconheceu correta a decisão do Tribunal

¹⁷¹ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.p.438

¹⁷² BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.p.457

de origem sobre a tese do Município quanto à sua autonomia legislativa. Caso modificada, geraria uma solução favorável ao meio ambiente pela aplicação do princípio da precaução conforme requereu o *parquet*:

[...] Defende ainda o recorrente que o acórdão impugnado, ao afirmar que o Poder Judiciário não poderia se substituir ao Executivo para afirmar o que é ou não área de preservação permanente, teria afrontado os arts. 2º; 102, I, a; e 125, § 2º, da Constituição. Da mesma forma, ao dizer que o papel do Ministério Público deveria ser limitado à fiscalização das condicionantes ambientais criadas pela lei impugnada, o acórdão teria incorrido em violação ao art. 129, IV, da Carta de 1988. [...]

A tese principal do recorrente é a de que a modificação do regime de ocupação do solo, promovida pela lei municipal impugnada, deveria ter sido precedida de um estudo técnico apto a justificar a redução da proteção ambiental da área. Sustenta-se a ocorrência de uma inconstitucionalidade material, e não meramente formal, pois o Parquet entende que o resultado da deliberação legislativa coloca em risco a proteção ambiental e compromete o princípio da precaução. No entanto, ao submeter ao domínio da lei formal a alteração e a supressão dos espaços territoriais especialmente protegidos, o que pressupõe a ocorrência de debate parlamentar, o constituinte parece ter reconhecido que não se está diante de um domínio estritamente técnico. Há algum espaço para valorações discricionárias na delimitação destas áreas. [...]

Em verdade, a Constituição não exige estudo prévio de impacto ambiental na hipótese do art. 225, § 1º, III, mas sim no caso do inciso IV, “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”. Mesmo nesta hipótese, entendendo que a conclusões do estudo não são vinculantes para a Administração. [...]

Na hipótese em questão, há aspectos que apontam para a necessidade de uma postura de **autocontenção judicial**. A natural deferência ao legislador – decorrente do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da impossibilidade de se substituir a discricionariedade legislativa pela judicial –, é reforçada pelo caráter altamente técnico e complexo da análise ambiental da área, revelada pelos estudos juntados aos autos. Isso indica um déficit de capacidade institucional do Judiciário para decidir adequadamente a questão, já que haveria opiniões técnicas contrárias (e.g., fls. 227/229) e favoráveis (fls. 490/610) à lei impugnada. [...] (RE 519.778/RN, relator ministro Luís Roberto Barroso, j. 27 de fevereiro de 2014)

Ainda, o referido voto trouxe à tona a discussão atual sobre a preponderância de princípios, deixando claro que o meio ambiente não se sobrepõe aos demais princípios constitucionais:

[...] O recorrente procura contrapor a essas dificuldades o princípio da precaução ambiental, de modo que a ausência de certeza científica sobre o impacto ambiental da ocupação da área militar em favor da solução mais favorável ao meio ambiente. Ocorre que esta ausência de certeza científica não exige que a defesa ambiental assuma a forma de um espaço territorial especialmente protegido, insuprimível até mesmo por lei. Os riscos potenciais apontados em tese podem ser mitigados ou até mesmo

eliminados por meio de medidas concretas a serem exigidas no licenciamento de cada empreendimento, como previsto na lei impugnada (fl. 23).

De fato, a defesa do meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica (CRFB/1988, art. 170, VI), mas não é o único. Assim, o mero risco potencial de danos ambientais, em regra, não serve, por si só, para impedir completamente o desempenho de atividades econômicas, como sustentei no estudo doutrinário acima referido (p. 54): (RE 519.778/RN, relator ministro Luís Roberto Barroso, j. 27 de fevereiro de 2014)

Analisando-se o voto, destaca-se a prudência defendida pelo STF como princípio da deferência técnico-administrativa, que, para Eduardo Bim, demonstra que os entes públicos não precisam necessariamente escolher as mais acertadas e incontestáveis decisões, porém as mais razoáveis. E, ainda, a função do Judiciário deve ser a de controlar a razoabilidade do ato, jamais de substituir a decisão técnico-administrativa.¹⁷³

Ainda, há que ater que a discricionariedade em análise não significa arbitrariedade do órgão ambiental, e, portanto, imune ao controle jurisdicional. Conclui o pensamento que “o Judiciário não pode se furtar de analisar a razoabilidade do ato administrativo que escolheu estudo ambiental específico, ou pela sua dispensa, sob a alegação genérica de que o ato seria incindível.”¹⁷⁴

Este controle, evidenciado pela atribuição do Poder Judiciário deve ser se há ou não ilegalidade no ato administrativo sobre o estudo ambiental, e não em substituir o critério aplicado pelo órgão licenciador. A este respeito cita-se a notável lição de Hely Lopes Meirelles:

A justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração, praticado por agente de qualquer dos órgãos ou poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o *mérito administrativo*.¹⁷⁵

Outro julgado que parece ser interessante ao caso em apreço se dá pela autocontenção judicial quando houve uma abrupta mudança de interpretação de

¹⁷³ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.p.464

¹⁷⁴ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.p.479

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 6ª ed. 1978, p. 664

norma ambiental, ainda que equivocada, por parte do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 945.898/SC¹⁷⁶, que declarou ser toda e qualquer vegetação de restinga como área de preservação permanente, afastando o critério expresso do novo Código Florestal e da Lei da Mata Atlântica. Colhe-se da declaração de voto vencedor:

[...] Logo, apenas a vegetação situada no "acidente geográfico restinga" (o que seria um minúsculo fragmento da Costa brasileira) poderia ser considerada Área de Preservação Permanente - APP, nos termos do art. 2º, "f", do Código Florestal. Tal raciocínio, uma vez validado pelo Judiciário, negaria a firme proteção desse instrumento jurídico-ambiental à Flora de Restinga (a maior parte da vegetação litorânea), rica em biodiversidade, com alto grau de endemismo (espécies raras e em nenhum outro lugar encontradas) e, o que é sobremaneira preocupante, uma das mais ameaçadas no Brasil, já que praticamente exterminada, resultado de sua localização no litoral, onde se concentra a maior parte da população brasileira e a pressão antrópica se mostra avassaladora. [...] Na hipótese, tendo a instância ordinária consignado que a área degradada caracteriza-se como Restinga e possui vegetação fixadora de dunas lato sensu (=dunas stricto sensu, cordões arenosos e terrenos arenosos), forçosa é sua qualificação como Área de Preservação Permanente, nos termos dos dispositivos legais em comento. No mais, pode-se dizer que a simples existência de Vegetação de Restinga, como definida pela legislação vigente (= tipo de vegetação), basta para especificar o local como Área de Preservação Permanente, sendo irrelevante a existência ou não do acidente geográfico Restinga, na sua acepção geológico-geomorfológica.¹⁷⁷

Não obstante as razões expostas, a legislação ambiental pátria limitou a caracterização de restinga, como área de preservação permanente, para aquelas hipóteses em que há "restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues" (art. 4º, VI, da Lei Federal n. 12.651/2012), ou seja, há na regra uma

¹⁷⁶ Relatoria da Ministra Eliana Calmon. EMENTA. AMBIENTAL – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – PRAIA MOLE - FLORIANÓPOLIS – VEGETAÇÃO DE RESTINGA – ART. 2º, ALÍNEA "F", DO CÓDIGO FLORESTAL – SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, originariamente, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público

Federal objetivando a preservação de área de vegetação de restinga, em virtude de degradação na localidade denominada Praia Mole, em Florianópolis. 2. O art. 2º, alínea "f", do Código Florestal considera como área de preservação permanente a vegetação situada "nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues". 3. Hipótese em que a instância ordinária aplicou o mencionado dispositivo na sua literalidade, ao mencionar – várias vezes – que a área degradada caracteriza-se não só como "restinga", mas possui "vegetação fixadora de dunas", o que é obviamente suficiente para caracterizar a área como de "preservação permanente". 4. Inexiste ofensa ao dispositivo de lei apontado pelos recorrentes, que, em verdade, buscam alterar a conceituação fática da região objeto da medida protetiva do parquet, o que é incabível na presente via (Súmula 7/STJ). 5. Recurso especial não provido.

¹⁷⁷ Voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial n. 945.898/SC

previsão expressa de que somente se consideram áreas de APP se houver, no caso concreto, a sua função determinada pelo legislador.

O que se viu desta decisão foi uma movimentação dos órgãos ambientais em juízo para não ter a sua atividade licenciadora obstada, conseguindo, em recente julgado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina o afastamento da aplicação deste entendimento Agravo interno de relatoria do des. João Henrique Blasi¹⁷⁸. Este processo ainda não transitou em julgado, porém, torna oportuno a discussão tida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que acertadamente optou por uma interpretação restritiva da norma, não acarretando uma consequência jurídica imensurável à toda coletividade.

Porém, este assunto é tratado com extrema sensibilidade dentro da jurisprudência pelo motivo de não se caracterizar dentro do julgamento uma extrapolação dos limites do julgador, desvirtuando-se, em muitos casos, o foco da discussão para critérios legais como normas não aplicadas ou até a própria competência para licenciar. Em resumo, traduz-se, em um importante paradigma a ser enfrentado em matéria ambiental, pois, com efeito, persiste uma linha tênue entre o limite e a autocontenção judicial.

3.2.2 DIREITO ADQUIRIDO E ATO JURÍDICO PERFEITO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Um último aspecto ainda dentro da natureza jurídica do licenciamento ambiental que merece certa preocupação se dá pela existente insegurança jurídica através da alta relativização do Poder Judiciário das garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, em muitos casos, acabando por ter reflexo na interpretação da coisa julgada.

Ambos institutos estão previstos na Constituição sob o viés de cláusula pétrea, precisamente no art. 5º, XXXVI, segundo o qual, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Posteriormente, o mesmo

¹⁷⁸ Julgado em 07 de julho de 2018 pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do TJSC, autos n. 0002312-13.2017.8.24.0000

instituto foi consagrado pelo art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro definindo o seu conceito:

Art.6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Essa garantia constitucional está diretamente vinculada aos conceitos de segurança jurídica, se traduz em sua essência, no que para Marcelo Dantas representa um direito que integra ao patrimônio do titular, impedindo sua supressão ainda que lei posterior venha a disciplinar o tema de modo diverso e incompatível com a manutenção do direito.¹⁷⁹

Não restam dúvidas o seu reconhecimento no ordenamento jurídico como uma garantia insuscetível de ser suprimida, é, com efeito, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Porém, sua interpretação e aplicação ao Direito Ambiental é divergente e não pacífica.

Criou-se um conhecido paradigma de que “inexiste direito adquirido de poluir”, inclusive evidenciado pela edição da súmula 613 do STJ: Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental. Evidente, e muito bem defendido por Dantas que não se discute a questão de garantir ao poluidor ou atos ilegais perpetuados dentro da esfera ambiental, o direito adquirido neste contexto merece ser afastado.

O que se discute na doutrina é que o mesmo “precedente” vem sendo aplicado para todo e qualquer conflito que envolva matéria ambiental, indiferentemente, causando sim violações graves às garantias pétreas. Há, como

¹⁷⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.226

antecipado, uma relativização de tais garantias em prol de uma inexistente supremacia do princípio ao meio ambiente ecológico e sustentável.

Há que se preocupar com a equivocada assertiva, como apontado pelo autor, de que “não há direito adquirido em matéria ambiental”¹⁸⁰, quando na verdade o que acontece é o afastamento de sua aplicação (conflito de direitos fundamentais) em prol do meio ambiente, erroneamente interpretado como um princípio absoluto.

Ainda, quando aplicado o mesmo conceito ao licenciamento ambiental, de modo específico, denota-se um caráter ainda mais complicado tendo em vista se tratar de um ato precário e meramente autorizativo.

A inaplicabilidade de direito adquirido em matéria que envolva licenciamento ambiental se dá, talvez, pela sua natureza jurídica. Principalmente se ativermos ao conceito de vigência e precariedade no ato de concessão, impondo ao particular o cumprimento de renovações e obediência a novas imposições ou entendimentos do órgão licenciador ao longo da relação.

Neste momento, tendo havido alteração legislativa que contenha distinta disciplina, não há que se cogitar de direito adquirido, posto que as regras mudaram e, portanto, o licenciamento deve ser buscado mediante a adequação ao novo regime jurídico.¹⁸¹

A preocupação é que vem ganhando força a relativização do direito adquirido quando há uma sobreposição de direitos ou princípios, “o direito adquirido sempre deveria ceder passo”¹⁸². A melhor definição é de Édis Milaré:

[...] Tal regramento pode levar à falsa conclusão de que, licenciada ou autorizada determinada obra ou atividade que, posteriormente, se revelasse prejudicial ao meio ambiente, nenhuma alteração ou limitação poderia ser imposta, em homenagem àquelas garantias e ao princípio da livre iniciativa, também resguardado constitucionalmente. Criado estaria,

¹⁸⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.230

¹⁸¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.p.233

¹⁸² DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.P .234

por assim dizer, o direito adquirido de continuar a empreender com base em licença pretérita (ato jurídico perfeito), não obstante a poluição causada.[...]

[...] Isso, entretanto, não acontece. A uma, porque a ordem econômica e a livre iniciativa são norteadas pela defesa do meio ambiente, assim como o exercício do direito de propriedade. A duas, porque as normas editadas com o escopo de defender o meio ambiente, por serem de ordem pública, têm incidência imediata e se aplicam não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, como também às consequências e aos efeitos atuais e futuros dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (*facta pendencia*). Essas normas só não atingirão os fatos ou relações jurídicas já definitivamente exauridos antes de sua edição (*facta praeterita*).¹⁸³

Questões como anteriormente discutidas sobre a natureza jurídica do processo de licenciamento ambiental, seu percurso até a obtenção e concessão de uma licença, seja qual for para o empreendimento almejado, acarreta forte insegurança quanto à inexistência ou inaplicabilidade destas garantias constitucionais frente à inclusão de novas legislações ou, inclusive, da mudança de pensamento do órgão licenciador quanto ao seu poder discricionário e o seu poder de polícia.

Entende-se que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito podem ser atribuídos aos atos do licenciamento ambiental e, igualmente, à licença obtida válida e perfectibilizada que produz seus efeitos a tempo e modo, de outro norte, a possibilidade de sua revisibilidade, seja ela administrativa ou junto ao Judiciário, não garante ao particular qualquer estabilidade ou previsibilidade de que a licença obtida será renovada nos mesmos moldes anteriores e com as mesmas garantias.

Aqui, prepondera a natureza jurídica de uma licença perdurar no tempo, passível de modificação de acordo com novos entendimentos, e, ainda, caso necessário uma renovação para a continuidade da atividade pretendida, abre-se uma nova fase discricionária em que não se aplicam as garantias constitucionais aqui discutidas. Este ponto, ainda que analisado de forma sucinta sob o prisma da teoria da segurança jurídica, torna-se em uma frágil ponta deixada pelo legislador em prol do rápido avanço dos entendimentos de proteção ambiental, o que não é

¹⁸³ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.842-843

visto como algo negativo, porém, retira do âmbito do particular a *estabilidade*, *previsibilidade* e a *cognoscibilidade*.

3.3 A BUSCA PELA SEGURANÇA ATRAVÉS DA LEI 13.655/18, DECRETO 9.830/19 E OS PROJETOS DE LEI DO NOVO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

3.3.1 O REFORÇO DA LEI N. 13.655/18 E DO DECRETO 9.830/19 À DECISÃO MOTIVADA

De iniciativa dos doutrinadores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, Professor fundador da FGV Direito SP e Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, respectivamente, e acolhida pelo Senador Antonio Anastasia (antigo PL n.º 7.448/2017 e PLS 349/15) é que avançou o projeto de lei para incluir na principal lei brasileira de interpretação de normas jurídicas disposições que reforçam a necessidade atual em conferir maior segurança jurídica na atividade decisória da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Nas palavras do Senador Antonio Anastasia¹⁸⁴, um problema atual do Brasil é a incapacidade de o Estado gerar confiança nas pessoas, nas empresas e no chamado Terceiro Setor. Ou melhoramos nosso ambiente institucional ou o Estado será um inimigo, jamais um parceiro.

A doutrina constitucional e processual já expressa seus sentimentos quanto à necessidade de maior confiabilidade dos atos decisórios e a busca por uma mínima segurança jurídica. Vivemos em um momento de incertezas.

A disposição final da Lei 13.655 de 2018, regulamentado pelo recente Decreto n. 9.830 de 10 de junho de 2019, preservou a inclusão de dez importantes artigos no Decreto-Lei 4.657/42 (LINDB) que servirão de fundo para importantes discussões quanto à segurança jurídica no âmbito do Direito Público e, que, notavelmente, serão acolhidos pela seara ambiental.

¹⁸⁴ANASTASIA, Antônio. Disponível: <http://antonioaugust oanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf> . Acessado em 24 de agosto de 2018. p.5

A realidade prática nos demonstra uma necessidade em reafirmar regras constitucionais quanto à adequada fundamentação e motivação; há, com efeito, uma busca por maior responsabilidade do julgador ou operador em suas decisões vagas ou imotivadas. Já dizia Humberto Ávila:

A primeira justificativa para tal opção (*estudo*) reside no estado de insegurança atualmente existente, como a segurança é valor e, pois, bipolar e relacional, implica logicamente seu contravalor, a insegurança, ao qual se contrapõe. Portanto, o ponto de partida para a análise da segurança deve ser, pois, a insegurança. (Ávila, 2016. p.51)

E essa atual insegurança jurídica é justificada pelo alto nível de “complexidade”, “obscuridade”, “incerteza”, “indeterminação”, “instabilidade” e “descontinuidade” de decisões, sejam elas administrativas ou judiciais.¹⁸⁵ Ávila nos deixa claro que a expressão “segurança jurídica” representa um juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico.¹⁸⁶

Portanto, a Lei n. 13.655/18, conjugada com os conceitos e definições do Decreto 9.830/19, defende uma maior *previsibilidade* das decisões administrativas, controladoras e judiciais, denotando um caráter essencialmente vinculado à devida fundamentação das decisões, que acarretará, conseqüentemente, em maior segurança jurídica ao particular ou jurisdicionado.

Mas não somente a prolação de decisões vagas ou a utilização de conceitos abstratos a lei visa a inibir, e, talvez, não seja esse o único enfoque do legislador; há também importantes regras quanto à estabilidade de atos administrativos, que, igualmente, afetará diretamente o Direito Ambiental.

Assim, o esforço do legislador consagrou a inclusão de artigos que versam sobre: (i) motivação de decisões com base em valores jurídicos abstratos e a previsão de consequências práticas da decisão; (ii) estabilidade da segurança quanto à modificação de entendimento ou interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado e a previsão de regime de transição; (iv) estabilidade à validade de

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.55

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.p.127

ato já produzido no plano jurídico; (v) possibilidade de decisão declaratória de ato administrativo, afastando-se incertezas quanto a eventuais irregularidades; (vi) responsabilização pessoal do agente público e (vii) esforço unânime das autoridades públicas para aumentar a segurança jurídica de suas normas.

A questão inicial abordada que se dá pela inclusão na LINDB dos artigos 20 e 21, ambos dotados de uma obrigação vinculada à motivação e previsibilidade. Vejamos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em *valores jurídicos abstratos* sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de *modo expreso* suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Se atentarmos à primeira finalidade (parte) do artigo 20, interpreta-se pela necessidade de reforçar a ideia de maior responsabilidade decisória diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, denominado como “*valores jurídicos abstratos*” ou conceitos vagos, que admitem inúmeras hipóteses interpretativas, acarretando ao jurisdicionado um elevado grau de incerteza.

Neste sentido, Vladimir Passos de Freitas¹⁸⁷, desembargador aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), em uma notável crítica construtiva à Lei 13.655/18, assinalou:

A grande novidade é que, a partir de agora, os que detêm poder de decisão terão que avaliar e concluir, motivadamente, com base no mundo

¹⁸⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. Artigo acessado no site: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>

real e não em abstrações jurídicas tão em moda nos últimos anos. Vejamos os artigos que transformam a realidade atual.

O artigo 20 exige, nas esferas administrativa (órgãos da administração direta), de controle (tribunais de contas e outros) e judiciais (todos os ramos e órgãos de qualquer instância do Judiciário), que se abstenham de justificar suas decisões com valores jurídicos abstratos sem ter em consideração os efeitos práticos da decisão.

A preocupação do legislador se dá pela constante utilização de princípios indeterminados e abstratos, entendidos por um conteúdo de vagueza¹⁸⁸, o que, inclusive, sempre constou como vedado pela CF/88 em seu Art. 93, Inciso IX e pelo atual Código de Processo Civil quando diz não ser fundamentada a decisão que se utiliza de “conceitos jurídicos indeterminados” (vide art. 489, § 1º, Inciso II).

E os exemplos são muitos: princípio da supremacia do interesse público, princípio da economicidade, moralidade, princípio da prevenção, princípio da precaução, princípio do meio ambiente ecologicamente sustentável, *in dubio pro natura*, mínimo existencial ecológico, etc.

Quando o art. 20 diz que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos”, impõe não somente a necessidade da correta fundamentação no ato decisório, mas, também, uma responsabilidade direta ao agente. E aí é que está a segurança jurídica.

É de se notar que o recente Decreto n. 9.830/19 vai além quando conceitua o que é de fato motivação e decisão, inclusive, detalha a necessidade de que a decisão motivada deverá considerar a contextualização dos fatos e indicação de fundamentos de mérito e jurídicos. Trata-se de forte apego ao positivismo. Destaca-se o Art. 2º:

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

¹⁸⁸ Entende-se por vaguidade a falta de precisão no significado de uma palavra, vício assinalado pela incapacidade de se determinar, exatamente, quais objetos são abrangidos por seu conceito, o que torna duvidosa a sua utilização. (CARVALHO, 2016)

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

A essência do intuito deste artigo é afastar sejam proferidas decisões retóricas e principiológicas que se utilizam de fundamentos genéricos sem a correta análise dos fatos apresentados, tudo em prol de um direito absoluto inexistente.

Igualmente, podemos citar que a ideia da lei em estudo se dá não somente em garantir maior previsibilidade e motivação das decisões, mas evitar o denominado “oportunismo interpretativo” defendido por Marcelo Buzaglo Dantas¹⁸⁹.

O autor, com base em forte fundamento teórico, critica o que denominou de oportunismo interpretativo, ou seja, quando determinados atos normativos, que, quando interessam à tese defendida, gozam de legitimidade, ao passo que outros de idêntica hierarquia, por não interessarem, são tachados de ilegais e/ou inconstitucionais¹⁹⁰.

Vemos que na prática há uma desordenada aplicação de princípios (ainda que motivados), sobrepondo, em muitos casos, normas aplicáveis naquele caso concreto. E este acontecimento talvez seja decorrente do momento jurídico da banal utilização de importantes princípios que sofre o Direito Brasileiro.

Talvez, em razão de sua natureza jurídico-normativa, os princípios se tornaram ferramentas práticas na aplicação de políticas que visam a proteção de um meio ambiente ecologicamente sustentável, não há dúvidas.

De igual forma, não podemos negar que a incorreta aplicação de princípios ao caso concreto, sem a devida motivação sobre qual o Direito que

¹⁸⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.p.05.

¹⁹⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.p.06.

aquela norma visa a proteger, acarreta ao sistema jurídico a anulação de importantes normas constitucionais, e, principalmente, afasta a *finalidade* para a qual foi criada aquela norma (princípio).

Sob o prisma do princípio da proporcionalidade se diz que um ato é adequado quando é apto a promover a finalidade para a qual foi criado¹⁹¹. Assim, se num caso concreto a norma não se presta a promover a finalidade para a qual foi criada, tal norma não poderá incidir naquela situação específica. Diz-se que a norma é constitucional em abstrato, mas, inconstitucional em concreto. Isto porque a sua aplicação a determinada situação específica se revela contrária à vontade da Constituição.

Em outras palavras, a incidência desta regra, na hipótese em concreto, revelar-se-ia inconstitucional por violação ao princípio da proporcionalidade, eis que não é apta a promover a finalidade para a qual foi criada consistente na proteção dos recursos naturais. Sobre a questão de a norma ser constitucional em abstrato, mas inconstitucional em concreto, convém citar a lição de Luís Roberto Barroso:

Alguns dos exemplos acima envolvem a não aplicação de determinadas regras porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional. Essa situação - aquela em que uma regra não é em si inconstitucional - começa a despertar interesse da doutrina.

¹⁹¹ “Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto” (Luís Roberto Barroso. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 5).

O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das consequências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha.¹⁹²

Este primeiro ponto da análise do artigo 20 introduzido pela Lei 13.655/18 pode ser visto como uma contenção à atual insegurança jurídica sobre a aplicação de conceitos abstratos, pois a falta de motivação sempre enseja uma violação ao direito constitucional e gera ao particular uma incerteza sobre em qual realidade fática está sendo enquadrado o princípio, pois, uma decisão imotivada não julga o caso, mas afasta o Direito.

Citando novamente Humberto Ávila, “uma decisão imotivada acarreta problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade”.¹⁹³

Por sua vez, a segunda disposição do mesmo artigo 20, traz em sua essência um conceito muito específico, e do qual pode se extrair o núcleo do que pretende a promulgada lei: “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Há, talvez, uma reafirmação do conhecido princípio da proporcionalidade, pois de fato, exige do julgador a comprovação de que a medida a ser adotada é a mais adequada e necessária para à resolução do conflito.

A questão da consequência da decisão fundada em valor abstrato também foi alvo do Decreto¹⁹⁴, onde deverá observar o anteriormente exposto e

¹⁹² Luís Roberto Barroso. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Ed. Renovar, p. 375.

¹⁹³ Humberto Ávila defende que a falta de cognoscibilidade se dá pela falta de fundamentação adequada das decisões ou existência de divergências entre as decisões; a falta de confiabilidade em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa; e falta de calculabilidade pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico. (ÁVILA, 2016, p.178)

¹⁹⁴ Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

ainda considerar possíveis alternativas e aplicar de forma coerente os critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade.¹⁹⁵

E esse núcleo pode ser interpretado em conjunto com o referido art. 21, que inclui a obrigação do agente em indicar de modo expresso as consequências jurídicas e administrativas no caso de invalidação de atos. E talvez essa parte importe diretamente ao estudo do Direito Ambiental e do processo de licenciamento ambiental.

Não se sabe hoje, por exemplo, diante da invalidação de uma licença ambiental, quais as consequências jurídicas e administrativas daquele ato, seja advindo do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. A invalidação de um ato administrativo gera automaticamente um prejuízo ao particular, que não possui o conhecimento necessário dos desdobramentos daquele ato. Portanto, reforçam estes dois artigos um conceito em obrigar (não obstar) uma maior motivação na utilização de conceitos jurídicos abstratos e dar *previsibilidade* das possíveis consequências daquele ato decisório.

Recentemente houve a reunião do conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) onde após a discussão da referida lei se promulgou entendimentos e enunciados a respeito da intenção do legislador. Neste ponto, merece destaque o que foi exposto no 2º enunciado que a motivação poderá se dar por remissão dos órgãos a orientações gerais e precedentes administrativos, porém, sempre com a responsabilidade de analisar as particularidades do caso concreto, inclusive, para eventual afastamento desta orientação geral.

Ainda, no tocante ao conceito aberto de “possíveis alternativas” que o decisor deverá se pautar, o conselho entendeu que o controle administrativo e

¹⁹⁵ § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

judicial deve considerar o cenário vivenciado pela Administração ao tempo da decisão ou opinião, traduzindo-se, na prática, em um viés apegado ao ato jurídico perfeito em pela estabilidade da decisão em relação ao contexto em que fora proferida.

3. A abertura a distintas “possíveis alternativas”, prevista no parágrafo único do art.20, é imposta a todos os destinatários da LINDB. Os controles administrativo e judicial devem considerar o cenário vivenciado pela Administração ao tempo da decisão ou opinião, reservando-se a possibilidade de indicação pelo controlador, sem juízo de invalidação ou reprovação, de alternativas administrativas mais adequadas para o futuro.

O conselho também entendeu que “valores jurídicos abstratos” na LINDB não se restringem à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo também regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. É a inteligência do 6º enunciado.

Posteriormente, continuando a análise da referida Lei, em seus artigos 23, 24 e 26 a possibilidade de modulação dos efeitos do ato decisório. Estabelece uma necessidade de um regime de transição, bem como o poder de revisão da validade do ato e a possibilidade de firmar um compromisso visando a declaração de certeza jurídica sobre o ato administrativo. Transcreve-se o art. 23 para melhor compreensão:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Importante destacar que este artigo nos dá uma ideia de *estabilização*, ou maior previsão, às possíveis mudanças de interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado. O artigo obriga, ainda, a criação de um regime de transição de modo proporcional, evitando prejuízos gerais. No direito ambiental, por exemplo, vemos cotidianamente mudanças de interpretação em conceitos sobre áreas de preservação permanente ou em critérios de sua função protetora.

Com base neste exemplo, a nova lei em estudo nos dá a entender ser necessária uma maior previsão em casos em que o entendimento, ainda que vindo

de uma decisão proferida por Tribunal Superior, tenha em seu conteúdo a previsão dos seus efeitos ao particular e toda a Administração Pública.

A aplicação do conceito de um regime de transição de modo proporcional nas cotidianas mudanças interpretativas vinculadas ao direito ambiental, talvez se torne o caminho para conferir maior segurança jurídica. Se analisado o que preceitua o Art.7º do Decreto 9.830/19, quando cabível o regime de transição, este preverá:

I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários;

II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e

III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

Neste ponto o IBDA foi enfático quanto à necessidade de confiança legítima entre o Poder Público e os administrados:

17. É imprescindível, a partir da ideia de confiança legítima, considerar a expectativa de direito como juridicamente relevante diante do comportamento inovador da Administração Pública, preservando-se o máximo possível as relações jurídicas em andamento. Neste contexto, torna-se obrigatória, sempre para evitar consequências desproporcionais, a criação de regime de transição, com vigência ou modulação para o futuro dos efeitos de novas disposições ou orientações administrativas.

Por fim, importa analisar de forma conjunta o escopo dos artigos 24 e 26, ambos dispõem sobre um caráter declaratório, seja na revisão quanto à validade de ato cuja produção já se houver completado, trazendo segurança em situações já constituídas, bem como a possibilidade de celebrar compromisso com a administração para declarar válido o ato praticado, retirando-se, em tese, alguma incerteza. Transcreve-se:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em

jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Em que pese predominar o entendimento como visto de que inexistente direito adquirido ou ato jurídico perfeito em Direito Ambiental, poder-se-á, com certa provocação, interpretar os artigos supracitados quanto à possibilidade de declarar atos válidos e consagrar relações e investimentos já consumados.

A licença ambiental é ainda um forte exemplo aplicável a este caso, e, se observarmos o que consta no Decreto, há em seus artigos 10 e 11, instrumentos próprios para celebração de tal compromisso visando eliminar qualquer irregularidade ou incerteza jurídica.

Igualmente, ainda no exemplo de um licenciamento ambiental, o Art. 26 cita expressamente a possibilidade de o particular firmar um compromisso com a Administração para ter tida como certa e regular, estabilizando-se, por assim dizer, a concessão outorgada. Neste sentido, cita-se Floriano Azevedo Marques Neto¹⁹⁶:

De mais a mais, o Direito Público – Constitucional, Administrativo, Econômico, Ambiental – hoje é essencialmente dinâmico (ritmo intenso), mutável (transforma-se em vista dos desafios); espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), plurissubjetivo (relações multilaterais, coletivas e difusas) e diacrônico (as futuras gerações). Nesse cenário, assumem forte relevância a segurança e a eficiência.

Por isso que é imperioso compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões. O que exige atitude operacional perante as realidades sociais – para aqui tomar emprestado algo do que, há décadas, Miguel Reale escreveu a propósito da viragem instalada pelo planejamento econômico: “do ponto de vista retrospectivo das fontes para o prospectivo dos modelos” (“Direito e Planificação”. RDP 24/93. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1973).

¹⁹⁶ ANASTASIA, Antônio. Disponível: <http://antonioaugustoanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acessado em 24 de agosto de 2018.

A lei parte do pressuposto de reforçar uma antiga preocupação de segurança jurídica e maior confiabilidade nos atos decisórios e nos próprios atos da Administração Pública.

Há, em conclusão, um forte apego à necessidade de uma maior confiabilidade entre as pessoas que contratam com a administração pública, ou dela obtêm concessões, sobre o futuro (in)certo que existirá naquela relação jurídica. Citando o ilustre J. J Canotilho¹⁹⁷ a respeito do seu estudo sobre o Direito Ambiental, não restam dúvidas que as normas irão de encontro à defesa de uma maior segurança ecológica e fortificação do Estado Constitucional de Direito:

O Direito Ambiental apresenta, em geral, traços de elevada complexidade, o que se deve à sua dependência científica e interdisciplinaridade, além da massiva incidência de conflitos de interesse, motivações econômicas e políticas na sua formulação e, mais ainda, na sua aplicação. Pode-se afirmar que a “insegurança ecológica” tem se tornado um dos maiores desafios do Estado Constitucional. O Direito Ambiental brasileiro se situa na confluência de decisões políticas que implicam, sobretudo, na escolha de valores éticos, jurídicos, culturais, econômicos e sociais novos, os quais perpassam, até hoje, uma dura luta pela sua afirmação.

Portanto, através deste reforço legal que, novamente, vem através do legislador uma tentativa de atribuir ao ordenamento jurídico maior segurança jurídica, na ideia de Humberto Ávila representa a soma de ideais parciais (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade normativas), a Lei em análise com forte apego ao positivismo jurídico defendido por Hans Kelsen busca evitar decisões antagonistas, isoladas e contrárias à jurisprudência dominante que destituem toda e qualquer confiabilidade da sociedade jurídica.

3.3.2 A INTENÇÃO DO ATUAL LEGISLADOR COM O PROJETO DE LEI DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Persiste um esforço da sociedade que lida com licenciamento ambiental de garantir maior segurança jurídica ao dia-a-dia, principalmente, na compilação de novos entendimentos com antigos em uma única lei ampla e geral, tendo em vista, principalmente, o fato do tema hoje estar apenas em resoluções do Conselho

¹⁹⁷ CANOTILHO, José J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.p.2078

Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), cuja legalidade é sistematicamente contestada no judiciário.

Neste quesito, tramita por mais de década a discussão a respeito de uma lei própria do licenciamento ambiental, atualmente em estágio avançado para sua votação final, ainda que difundido em diversos projetos em diferentes Casas.

Como ponto de partida, estuda-se o que propõe o projeto de lei n. 3.729 de 2004, apresentado pelo Deputado Luciano Zica, que propõe uma junção do requisito legal de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e do Relatório do Impacto Ambiental a cada procedimento de licenciamento ambiental exigido por empreendimentos que possam causar dano aos recursos naturais. Denota-se que não persiste este entendimento em uma única norma, ainda que sempre previsto no inciso IV, do § 1º, do artigo 225 da CF/88.¹⁹⁸

O relator deste projeto, Deputado Moreira Mendes, em seu voto a favor destaca pela necessária mudança sob a justificativa de que atualmente empreendedores de diferentes portes e tipos enfrentam regras, critérios, prazos e parâmetros que variam de estado para estado e até mesmo em função do agente público responsável pelo processo. A ideia, portanto, na visão do relator é uma unificação do processo, estabelecendo-se um padrão a ser seguido por todos os órgãos do SISNAMA.

Ao que se denota da sugestão do relator para a votação final do projeto de lei na Câmara dos Deputados inclui também incorporar na discussão indicativos que identificam os principais problemas estruturais do licenciamento no país, propondo em seu parecer um marco legal que melhore a qualidade da gestão ambiental e do ambiente de negócios.

Outro aspecto interessante a ser analisado se dá pela diferenciação entre empreendimentos de grande porte e de menor porte, os quais, em apego à

¹⁹⁸ § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: (...).

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade";

razoabilidade, não precisaram passar pelo mesmo processo árduo de grandes empreendimentos, simplificando-se o licenciamento ambiental ou até dispensados de tal. Para exemplo, cita-se o art. 4 do referido projeto de lei:

Art. 4º Os entes federativos, no âmbito de suas competências, deverão definir critérios e parâmetros para o enquadramento do empreendimento ou atividade sujeito ao licenciamento ambiental, de acordo com a natureza, porte e potencial poluidor.

§1º Com base no enquadramento a que se refere o caput, os entes federativos definirão quais empreendimentos ou atividades estarão sujeitos:

I – ao licenciamento ambiental ordinário;

II – ao licenciamento ambiental simplificado; III – à dispensa do licenciamento ambiental.

§5º Entende-se por licenciamento simplificado aquele que resulta na redução de procedimentos, bem como de custos e tempo de análise, podendo ser realizado eletronicamente, desde que atendidas as condições, restrições e medidas de controle ambiental estabelecidas, mediante sistema declaratório no endereço eletrônico do órgão licenciador.

§6º Deverão ser estabelecidos critérios para otimizar os procedimentos de licenciamento ambiental do empreendimento ou atividade que implemente planos e programas voluntários de gestão ambiental.

§7º A critério do órgão licenciador e independentemente do enquadramento, poderão ser dispensados ou submetidos a procedimentos simplificados de licenciamento ambiental empreendimentos e atividades situados na mesma área de influência e em condições similares às de outros já licenciados, bem como aqueles a serem instalados em áreas em que existam estudos de Avaliação Ambiental Estratégica - AAE, Zoneamento Ecológico-Econômico - ZEE ou outros instrumentos de planejamento territorial.

Em que pese a dispensa de licitação estar dentro de um campo de difícil acesso constitucionalmente, a intenção do legislador vai ao encontro da simplificação do processo aos pequenos empreendedores que, por sua vez, poderão aderir (licenciamento por adesão) às regras pré-estabelecidas pelo órgão licenciador, certificando-se de posteriormente a sua regularidade. Não se trata, pois, de um autolicensing isento de fiscalização que ocorre à revelia do órgão ambiental, pelo contrário, o processo simplificado agiliza as atividades de menores impactos e que já são conhecidos dos órgãos ambientais.

Ainda no tocante às importantes inclusões do projeto, amparado também pelo PLS 168/18 do Senado Federal, de autoria do Senador Acir Gurgacz e pelo

projeto da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, destaca-se pela inovação quanto à padronização das condicionantes ambientais, que, de acordo com o Art. 7º (PL da CAPADR), devem guardar relação direta com os impactos identificados pelo órgão ambiental no estudo apresentado ao processo de licenciamento ambiental, garantindo, inclusive, necessária motivação da pertinência quanto à condicionante imposta ao empreendedor, evitando-se, em muitos casos, do abuso do Poder Público em exigir melhorias não pertinentes ao próprio empreendimento a ser licenciado.

Na íntegra o referido artigo:

Art. 7º O órgão licenciador, em conjunto com o empreendedor, poderá definir condicionantes para a obtenção das licenças ambientais subsequentes, quando for o caso, ou para a renovação da licença de operação ou sua similar.

§ 1º As condicionantes previstas no caput devem ser acompanhadas de justificativa técnica por parte do órgão licenciador e guardar relação direta com os impactos ambientais previamente identificados no estudo que subsidiou o processo de licenciamento e com o empreendimento licenciado.

Outro ponto em destaque, também trazido à tona pela comissão rural, se dá pela padronização do termo de referência, em seu Art. 13, onde determina que o órgão licenciador já preveja em seu escopo termos padronizados a serem requisitados aos empreendimentos, estabelecendo-se o seu conteúdo previamente e, somente, a partir de especificidades do empreendimento a ser licenciado, é que será necessário um ajuste ou a exigência de novos estudos ambientais.

Art. 13. O órgão licenciador deverá elaborar um termo de referência único e específico para cada tipologia, estabelecendo seu conteúdo, mediante consulta aos órgãos envolvidos.

§ 1º O órgão licenciador, em comum acordo com o empreendedor, poderá ajustar o termo de referência considerando as especificidades do empreendimento ou atividade.

§ 2º Nos casos em que houver necessidade de ajustes no termo de referência, nos moldes do parágrafo anterior, o órgão licenciador concederá prazo de até 15 (quinze) dias consecutivos para manifestação dos órgãos e entidades envolvidos.

§ 3º O termo de referência de que trata o caput deste artigo deverá orientar de forma clara, objetiva e conclusiva a elaboração dos estudos ambientais exigidos.

O projeto apresentado no Senado inovou inclusive pela possibilidade de renovação automática da Licença de Operação, Art. 6º, § 3º onde: a LO poderá ser renovada automaticamente, por igual período, a partir de declaração do empreendedor, em formulário disponibilizado na internet, desde que atendidas simultaneamente a seguintes condições: I – as características e o porte da atividade ou empreendimento não tenham sido alterados; II – a legislação ambiental aplicável à atividade ou empreendimento não tenha sido alterada; e III – as condicionantes aplicáveis tenham sido cumpridas.

Tal instituto, se mantido na lei que será consolidada, traduz-se em essencial segurança jurídica às atividades consolidadas, retirando-se a necessidade de um novo processo a cada renovação e novos obstáculos, como visto anteriormente, que destituem a garantia de que a licença concedida será renovada.

Outros dois pontos que merecem destaque decorrem da intenção do legislador em exigir concomitantemente a emissão de autorização e outorgas à licença exigida, ou seja, evita-se no momento em que se emite uma licença de instalação, o óbice do seu prosseguimento tendo em vista a não autorização de supressão de área, por exemplo. A intenção decorre de uma lógica segundo a qual a licença obtida deverá já estar previamente assegura, disponibilizando de imediato a sua eficácia.

Por fim, ainda nos destaques quanto a importantes inclusões práticas ao licenciamento ambiental, se dá, novamente, pela necessidade de padronização e aproveitamento de outros estudos ambientais na mesma área de influência, podendo ser realizados estudos conjuntos para empreendimentos distintos. Este fato se dá, essencialmente em apego ao princípio da economia e da celeridade.

A ideia geral dos projetos de lei em análise reforça o entendimento quanto aos pontos frágeis anteriormente verificados do licenciamento ambiental, ou seja, minimizar pontos em que há possibilidade de rediscussão do ato consumado pelo próprio órgão licenciador, ou, tendo em vista a padronização, limitar a intervenção de terceiros e do Poder Judiciário, há, inclusive, uma intenção de isonomia entre empreendimentos e estudos ambientais, consolidando-se uma base

de dados segura e pacífica a ser utilizada por novos empreendedores, visando, claramente uma maior celeridade no avanço econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da segurança jurídica se torna complexo no momento em que é possível identificar a sua extensa ramificação que está inserido o seu amplo conceito. Mas a complexidade foi simplificada pela teoria de Humberto Ávila em quatro pilares: *estabilidade*, *cognoscibilidade*, *previsibilidade* e *a objetividade* do Direito.

A ideia de Aristóteles permanece atual, “a justiça é o liame entre os homens nas Cidades”, e a justiça é um reflexo de um ordenamento jurídico seguro e estável. Buscou-se, ainda que brevemente, entender a essência do ordenamento jurídico, desde os mais antigos pensadores políticos gregos até os modernos cientistas, onde, sem dúvida foi possível consolidar teorias fundamentais que visam a ordem social. Ao passo que, sustentado pelo positivismo de Hans Kelsen, a construção de um sistema estável regido por normas cogentes e estruturadas de tal forma a criar previsibilidade e cognoscibilidade aos operadores do Direito e aos jurisdicionados. Essa é a ideia por trás do presente estudo vinculado ao estrito campo do licenciamento ambiental, que, conforme visto, vem sofrendo interferências internas e externas que destituem pontos de sua segurança jurídica, agravados pelo declínio das leis e do avanço de um Estado pós-positivista e garantidor de justiça.

Reforça-se o entendimento de que não há qualquer dúvida que um Direito positivado, rígido e de fácil visualização de sua *sistematicidade*, condiz com a ideia dos antigos filósofos políticos, onde a ordem se traduz em segurança jurídica. A antiga filosofia política de Sócrates, Platão e Aristóteles sempre defendeu que a base de um ordenamento jurídico se dá pela *confiabilidade* no Estado.

O nível de insegurança jurídica hoje pode ser percebido pelo alto nível de termos complexos, obscuros, incertos, indeterminados, instáveis e descontínuos, que colocam todo o ordenamento jurídico em desordem. O descrédito das leis de Chevallier é a incerteza do Direito de Ávila. A incansável busca por estabilidade nada mais é que um mecanismo de proteção de situações

subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade. E a confiabilidade se dá em estrita observância à estabilidade, seja de atos ou decisões, garantindo um ordenamento jurídico que protege as expectativas da sociedade e garante uma estável evolução. Já, a previsibilidade significa uma expressão de “certeza absoluta”, pois, o ordenamento jurídico há que garantir ao particular, hoje, a exatidão do próprio ordenamento amanhã, e por consequente, extrai-se a possibilidade de antecipar o seu conteúdo e ainda, antecipar a decisão futura que irá ser aplicada ao ato hoje praticado.

Por sua vez, tendo o processo de licenciamento ambiental e a almejada licença em sua natureza jurídica um caráter precário de autorização, possibilitando-se, como visto, sua renovação, cassação e revisão, abre margem à uma instabilidade, porém, com um propósito ambíguo: de um lado dar poderes à própria administração em controlar seus atos e defender o meio ambiente caso haja descumprimento da outra parte detentora de tal autorização ou mudança legislativa de proteção legal, e, de outro lado, reside um campo de inúmeros questionamentos jurídicos que afrontam o Direito do particular, seja, pela própria administração ou através da interferência do Judiciário quanto aos seus mais amplos debates principiológicos.

A segurança jurídica que almeja o licenciamento ambiental, e igualmente, a dinâmica do Direito Ambiental, se dá pela estrita observância das “regras do jogo”. Pela sua própria complexidade entre diversos interesses neste “jogo”, não há como suportar segurança jurídica sem que os atos decisões se mantenham hígidos e estáveis, válidos e eficazes. E, ainda que inexistente na teoria direito adquirido, persiste ao jurisdicionado a aplicação de todo um ordenamento positivo e que garante a correta interpretação das leis e princípios. Há, com efeito, necessário sopesamento e razoabilidade quando o assunto envolve inúmeros conflitos de interesse, seja em prol da construção sustentável de um avanço econômico e social, ou, de outro lado, pela necessária proteção ambiental.

A questão discutida inicialmente denota um forte enfraquecimento dos antigos e clássicos conceitos positivistas, maculados por uma visão ampla de

justiça e excesso de poder, ou melhor, o seu abuso diante da desenfreada atuação e competitividade entre os poderes, atribuindo ao licenciamento ambiental o desvio do seu fim original que é essencialmente protetivo e também econômico. A insegurança jurídica perpetuada pelas decisões contraditórias e conflitantes com direitos fundamentais, ou, a desconfiança da sociedade nas leis e no Estado, quebra este espírito social e destitui por completo qualquer sentimento cívico, pois, não há como sustentar reciprocidade sem contrapartida do Estado em *estabilidade, previsibilidade e cognoscibilidade*.

Ainda, especificamente como analisado no segundo e terceiro capítulo, existe dentro do licenciamento ambiental um próprio poder decisório destinado ao órgão licenciador que prepondera um grau de discricionariedade e necessária ponderação de valores (meio ambiente *versus* economia). E essa harmonização do poder discricionário é a sua atribuição de segurança jurídica, que, em muitos casos, vem sendo negligenciada através da intervenção do Poder Judiciário que ultrapassa os seus limites constitucionais. Refuta-se o *decisionismo judicial* fundado em conceitos gerais, abstratos e principiológicos que fere o positivismo e as regras expressas que regulam toda uma cadeia normativa ambiental.

A atual jurisprudência, e a construção de precedentes em matéria ambiental, não demonstra com clareza a separação de poderes, verificado pela forte atuação do Poder Judiciário quando a matéria em discussão é o meio ambiente. Eduardo Bim destaca que nem a Lei n. 6.938/81 e nem a Constituição preceituam a supremacia da questão ambiental, submetendo-a à ponderação com os demais valores. Alerta o autor que uma escolha por um valor, tomada como absoluta, *a priori*, deve ser cuidadosamente analisada, uma vez que a Constituição protege vários valores, não apenas o ambiental.

Este controle, evidenciado pela atribuição do Poder Judiciário deve ser se há ou não ilegalidade no ato administrativo sobre o estudo ambiental, e não em substituir o critério aplicado pelo órgão licenciador.

A conclusão que se faz é novamente nas palavras de Aristóteles, “o instrumento mais perfeito não é o que serve para vários usos, mas para aquele que lhe é próprio”. Um ordenamento jurídico com níveis mínimos de segurança jurídica

deve se pautar pela correta interpretação e aplicação da norma jurídica que lhe foi designado, afastando-se o preciosismo subjetivo ou uma visão limitada de instantânea justiça, ao qual, dentro do âmbito de estudo que é o licenciamento ambiental se dá pela observância de suas próprias regras e da limitação de intervenções externas que afastam sua própria estabilidade e previsibilidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação*. 4a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. Título original: *Theorie der Grundrechte*.
- ANASTASIA, Antônio. Disponível: <http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf> . Acessado em 24 de agosto de 2018.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Indústria siderúrgica: impactos ambientais e controle da poluição*. Revista de Direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.25, 2002.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Política Nacional do Meio Ambiente*, São Paulo: Lumen Juris, 2005.
- ARISTÓTELES, A *Política*. Texto integral, 5ª edição, tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4a edição. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª ed revista. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Ed. Renovar.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional na Brasil*. 2a reimpressão. São Paulo: Editora Fórum, 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011
- BENJAMIN, Antônio Herman V. *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, São Paulo: Edipro, 2011

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORGES, Leonardo Estrela. *As obrigações de prevenção no Direito Ambiental internacional*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CANOTILHO, José J. Gomes, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de, 1977 – *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*/ 5ª ed. Ampl.rev. São Paulo: Noeses, 2016.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental em conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- Direito, gestão e prática: direito ambiental empresarial* / Andrea Costa de Vaconcelos... [et al]; Juliana Cassano Cibim e Pilar Carolina Villar (coordenadores). São Paulo: Saraiva e FGV Direito SP, 2017.
- FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 5a ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría Del Derecho y De Da Democracia*. Vol. 2. XIII las dimensiones democracia formal y democracia sustancial. PDF.
- FINK, Daniel Roberto. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002,
- FREITAS, Vladimir Passos de. Artigo acessado no site: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- Hobbes, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 5ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de Joao Baptista Machado. 8a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental Brasileiro*. 26 ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental Brasileiro*. 3a ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 6ª ed. 1978.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33 edição, 2a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9ª ed, revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*. tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 13. ed. rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *O contrato social: princípios do direito político*, tradução de Edson Bini – Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed. 2015.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Princípios do direito ambiental*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton University Press, 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo, *Manual de direito ambiental*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TRENNEPOHL, Curt. *Licenciamento Ambiental*. Niterói: Editora Impetus, 2007
- WOLF, Susan, *Principles of environmental law*. 2ª ed. Great Britain: Biddles Ltd. 1997

ANEXOS

Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 13.655, DE 25 DE ABRIL DE 2018.

[Mensagem de veto](#)

[Vigência](#)

Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O [Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942](#) (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“[Art. 20](#). Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

“[Art. 21](#). A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

“[Art. 22](#). Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

“ [Art. 23.](#) A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).”

“ [Art. 24.](#) A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

“ [Art. 25.](#) (VETADO).”

“ [Art. 26.](#) Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).”

“ [Art. 27.](#) A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.”

“ [Art. 28.](#) O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).”

“ [Art. 29.](#) Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

Vigência

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO).”

“ [Art. 30.](#) As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao [art. 29 acrescido à Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 \(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro\)](#), pelo art. 1º desta Lei, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 25 de abril de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

MICHEL TEMER
Gilson Libório de Oliveira Mendes
Eduardo Refinetti Guardia
Walter Baere de Araújo Filho
Wagner de Campos Rosário
Eliseu Padilha
Grace Maria Fernandes Mendonça

Este texto não substitui o publicado no DOU de 26.4.2018

*

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 9.830, DE 10 DE JUNHO DE 2019

Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, **caput**, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942,

DECRETA:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Objeto

Art. 1º Este Decreto regulamenta o disposto nos [art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942](#), que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

CAPÍTULO II

DA DECISÃO

Motivação e decisão

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Motivação e decisão na invalidação

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresse, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o **caput** indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

Revisão quanto à validade por mudança de orientação geral

Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.

§ 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso.

§ 3º Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou

administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

§ 4º A decisão a que se refere o **caput** será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

Motivação e decisão na nova interpretação de norma de conteúdo indeterminado

Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

§ 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

§ 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

Regime de transição

Art. 7º Quando cabível, o regime de transição preverá:

I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários;

II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e

III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

Interpretação de normas sobre gestão pública

Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público.

§ 2º A decisão a que se refere o § 1º observará o disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

Compensação

Art. 9º A decisão do processo administrativo poderá impor diretamente à pessoa obrigada compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos, com a finalidade de evitar procedimentos contenciosos de ressarcimento de danos.

§ 1º A decisão do processo administrativo é de competência da autoridade pública, que poderá exigir compensação por benefícios indevidamente fruídos pelo particular ou por prejuízos resultantes do processo ou da conduta do particular.

§ 2º A compensação prevista no **caput** será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º e será precedida de manifestação das partes obrigadas sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 3º A compensação poderá ser efetivada por meio do compromisso com os interessados a que se refere o art. 10.

CAPÍTULO III

DOS INSTRUMENTOS

Compromisso

Art. 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

I - após oitiva do órgão jurídico;

II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e

III - presença de razões de relevante interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o compromisso a que se refere o **caput** será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º O compromisso:

I - buscará solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral; e

III - preverá:

a) as obrigações das partes;

b) o prazo e o modo para seu cumprimento;

c) a forma de fiscalização quanto a sua observância;

d) os fundamentos de fato e de direito;

e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e

f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 3º O compromisso firmado somente produzirá efeitos a partir de sua publicação.

§ 4º O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterà as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.

§ 5º Na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado, nos termos do disposto no [§ 4º do art. 1º](#) ou no [art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997](#), ou ser firmado pela Advocacia-Geral da União, o processo de que trata o § 3º será acompanhado de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso.

§ 6º Na hipótese de que trata o § 5º, a decisão final quanto à celebração do compromisso será do Advogado-Geral da União, nos termos do disposto no parágrafo único do [art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997](#).

Termo de ajustamento de gestão

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno.

CAPÍTULO IV

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por **culpa in vigilando** aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

Análise de regularidade da decisão

Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

§ 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.

§ 2º A eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos.

Direito de regresso, defesa judicial e extrajudicial

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no [§ 6º do art. 37 da Constituição](#) somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no [art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942](#), e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 15. O agente público federal que tiver que se defender, judicial ou extrajudicialmente, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas atribuições institucionais, poderá solicitar à Advocacia-Geral da União que avalie a verossimilhança de suas alegações e a consequente possibilidade de realizar sua defesa, nos termos do disposto no [art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995](#), e nas demais normas de regência.

Decisão que impuser sanção ao agente público

Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará:

- I - a natureza e a gravidade da infração cometida;
- II - os danos que dela provierem para a administração pública;
- III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
- IV - os antecedentes do agente;
- V - o nexo de causalidade; e
- VI - a culpabilidade do agente.

§ 1º A motivação da decisão a que se refere o **caput** observará o disposto neste Decreto.

§ 2º As sanções aplicadas ao agente público serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 17. O disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve.

CAPÍTULO V

DA SEGURANÇA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DAS NORMAS

Consulta pública para edição de atos normativos

Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º.

§ 2º A convocação de consulta pública conterá a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições.

§ 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.

§ 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no [Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017](#).

Segurança jurídica na aplicação das normas

Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.

Parecer do Advogado-Geral da União e de consultorias jurídicas e súmulas da Advocacia-Geral da União

Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os [art. 40](#) e [art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993](#), aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

§ 2º Os pareceres de que tratam o **caput** e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.

Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que trata o [art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993](#), aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.

Orientações normativas

Art. 22. A autoridade que representa órgão central de sistema poderá editar orientações normativas ou enunciados que vincularão os órgãos setoriais e seccionais.

§ 1º As controvérsias jurídicas sobre a interpretação de norma, instrução ou orientação de órgão central de sistema poderão ser submetidas à Advocacia-Geral da União.

§ 2º A submissão à Advocacia-Geral da União de que trata o § 1º será instruída com a posição do órgão jurídico do órgão central de sistema, do órgão jurídico que divergiu e dos outros órgãos que se pronunciaram sobre o caso.

Enunciados

Art. 23. A autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e os seus órgãos subordinados.

Transparência

Art. 24. Compete aos órgãos e às entidades da administração pública manter atualizados, em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados a que se referem os art. 19 ao art. 23.

Vigência

Art. 25. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de junho de 2019; 198º da Independência e 131º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO
Paulo Guedes
Wagner de Campos Rosário
André Luiz de Almeida Mendonça

Este texto não substitui o publicado no DOU de 11.6.2019