

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL SOB A ÓTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Patrícia de Melo Mendonça Ferreira*

Élcio Nacur Rezende**

“Para nós, brasileiros, meio ambiente e desenvolvimento são a mesma coisa. Não podemos mais separar de um lado os que cuidam do meio ambiente e de outro, os que cuidam do desenvolvimento. Não se trata mais, como no passado, de uma guerra entre os que queriam desenvolvimento e os que queriam preservação. Hoje, é uma integração. É preservar para poder desenvolver em benefício da maioria e das gerações futuras”.⁰⁵

SUMÁRIO: *Introdução: Da função socioambiental da propriedade privada e do licenciamento ambiental como procedimento de efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável; 2 O licenciamento ambiental como ferramenta de efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável: desafios; 3 Das críticas ao procedimento de licenciamento ambiental. Necessidade de rompimento com o atual paradigma; 4 Da cooperação e participação democrática no licenciamento ambiental. Aperfeiçoamento do gerenciamento compartilhado dos riscos e minimização da hipertrofia do direito de propriedade; 5 Conclusão; Referências.*

RESUMO: O presente artigo visa o estudo do licenciamento ambiental sobre a perspectiva do direito constitucional à propriedade privada. Malgrado o direito da propriedade não seja absoluto, o licenciamento deve realizar-se no interesse público, atento às balizas constitucionais da eficiência e da razoável duração do processo, sob a égide do princípio do desenvolvimento sustentável, sobre o qual se legitima a proteção ambiental constitucional. O exercício do poder de polícia estatal, consubstanciado pelo licenciamento ambiental, não pode ser interpretado unicamente como mecanismo de defesa do meio ambiente, mas como instrumento de sustentabilidade. O atual paradigma de licenciamento ambiental é objeto de distintas críticas, notadamente quanto à sua morosidade e discricionariedade. Propor-se-á a participação democrática no procedimento de licenciamento como um dos instrumentos para seu aperfeiçoamento. A presente pesquisa assenta-se metodologicamente na técnica normativa e desenvolve-se a partir da trelça entre a norma positivada e suas relações, ao suporte doutrinário, às pesquisas empíricas e à teoria deliberativa de Habermas, doravante revisitada na base principiológica do

* Advogada, Especialista em direito civil, do trabalho e previdenciário; Coordenadora do Departamento Jurídico do Grupo Alterosa, Brasil. E-mail: patriciamelomendonca@hotmail.com

** Doutor em Direito; Docente do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil.

⁰⁵ Ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, na comemoração da Semana do Meio Ambiente, junho de 1995, in <http://www.mma.gov.br/se/agen21>.

CPC de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Licenciamento ambiental. Desenvolvimento sustentável. Limitação à propriedade privada. Participação democrática.

ENVIRONMENTAL WARRANT FROM THE POINT OF VIEW OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL RIGHT

ABSTRACT: An analysis of environmental warrant with regard to constitutional law on private property is provided. Although the right to private property is not absolute, warrants should be seen from the point of view of public interest, with special reference to constitutional safeguards of efficiency and the reasonable duration of the process within the wake of sustainable development which foregrounds constitutional environmental protection. State protection represented by the environmental warrant should not be solely interpreted as a defense mechanism towards the environment but as sustainability. Current environmental warrant paradigm is criticized specifically for delays and discriminations. Democratic participation in the warrant procedures is proposed as one of the tools for improvement. Current research is methodologically foregrounded on normative technique and it is developed through positive norms and their relationships based on doctrine, empirical research and Habermas' s Deliberative Theory, applied to the 2015 CPC.

KEY WORDS: Environmental warrant; Sustainable development; Limitation to private property; Democratic participation.

LA LICENCIA AMBIENTAL BAJO LA ÓPTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

RESUMEN: El presente artículo visa el estudio de la licencia ambiental bajo la perspectiva del derecho constitucional a la propiedad privada. A pesar del derecho de la propiedad no sea absoluto, la licencia debe realizarse en el interés público, atento a las balizas constitucionales de la eficiencia y de la razonable duración del proceso, bajo el auspicio del principio del desarrollo sostenido, sobre el cual se legitima la protección ambiental constitucional. El ejercicio del poder de policía estatal, consubstanciado por la licencia ambiental, no puede ser interpretado únicamente como mecanismo de defensa del medio ambiente, pero sí como instrumento de sustentabilidad. El actual paradigma de licencia ambiental es objeto de distintas críticas, notablemente cuanto su lentitud e incredulidad. Se pondrá la participación democrática en el procedimiento de licencia como

uno de los instrumentos para su perfeccionamiento. El presente estudio se basa metodológicamente en la técnica normativa y se desarrolla a partir del enrejado entre la norma positivada y sus relaciones, al soporte doctrinario, a las investigaciones empíricas y a la Teoría Deliberativa de Habermas, ahora revisitada en la base principio lógica del CPC de 2015.

PALABRAS CLAVE: Licencia ambiental. Desarrollo sostenible. Limitación a la propiedad privada. Participación democrática.

INTRODUÇÃO: DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE PRIVADA E DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO PROCEDIMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O estudo da propriedade imóvel, com o passar dos tempos, evoluiu significativamente. O caráter absolutista e individualista da propriedade, cultuado no século XIX, a partir da Revolução Francesa e propugnado pelo Código Napoleônico de 1804, foi superado pelo novo paradigma de função social idealizado pela constituição mexicana, de 1917 e alemã, de 1919⁰⁴.

No Brasil, as constituições, a partir de 1934, já vinculavam a propriedade imóvel ao interesse social, e a partir da CF/88 passaram a vinculá-la, mais precisamente, à função socioambiental⁰⁵, não obstante, atualmente, ainda remanesçam adeptos da concepção do direito absoluto de propriedade e da exploração econômica integral da terra e seus atributos.

A nova ordem, segundo a qual o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com os interesses coletivos, desafia o *dominus* a uma nova postura: de pró atividade. Não mais se admite a subutilização de bens sem compromisso social ou ambiental. Doravante, o direito de propriedade, assegurado pela ordem constitucional como garantia individual (art. 5º, XXII e XXIII - CF/88), subordina-se ao interesse coletivo e a proteção ambiental⁰⁶. Conforme esclarece Mirra⁰⁷, a função socioambiental da propriedade foi erigida como princípio do direito ambiental:

⁰⁴ HENKES, Silvana Lúcia. A propriedade privada no século XXI. Revista Sequência, n. 49, p. 113-134, dez. 2004.

⁰⁵ Idem

⁰⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Direito Ambiental na Sociedade de Risco. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

⁰⁷ MIRRA, Alvaro Luis Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 50-66, abr./jun. 1996.

No plano jurídico [...] a admissão do princípio da função social (e ambiental) tem como consequência básica fazer que a propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o meio ambiente (aspecto positivo), não bastando apenas que não seja exercida em prejuízo de terceiros ou da qualidade ambiental (aspecto negativo).

Na ordem infraconstitucional, o Código Civil (2002), o Zoneamento Ecológico Econômico, o Plano Diretor das Cidades e a Lei de Zoneamento e Parcelamento de Uso e a Ocupação do Solo são exemplos da incorporação das balizas socioambientais ao instituto jurídico da propriedade.

A tutela do meio ambiente, consagrada pelo princípio do desenvolvimento sustentável, implica necessariamente intervenção no direito de propriedade⁰⁸ e restrições a outras liberdades individuais também asseguradas pela constituição federal (a exemplo da livre iniciativa e autonomia privada) de forma a assegurar o meio ambiente equilibrado.

O desenvolvimento sustentável foi conceituado pela Declaração Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, editada na Confederação das Nações Unidas do Rio de Janeiro de 1992, como a compatibilização entre o necessário desenvolvimento econômico e a manutenção equitativa dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras⁰⁹.

Nada obstante, a intervenção estatal na propriedade e nas liberdades individuais deve justificar-se e motivar-se no interesse público. Neste viés, o licenciamento ambiental, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente consolidada no art.9º, IV da lei 6938/81, apresenta-se como procedimento de regulação da atividade econômica e compatibilização entre direitos fundamentais aparentemente conflitantes: desenvolvimento nacional, sedimentado no art. 3, III, da CF/88, e proteção ao meio ambiente, prevista no artigo 225 da do mesmo texto legal¹⁰.

Por meio dele, o órgão ambiental licencia a localização, instalação e ampliação

⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 41-60, out./dez. 1996. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20711>>. Acesso em: 19 novembro de 2016.

⁰⁹ SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁰ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; VASCONCELOS, Luis André de Araújo. O licenciamento ambiental à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 7, n. 13/14, jan./dez. 2010. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/174/157>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidores e ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.¹¹

Todavia, as restrições impostas pelo Estado, ao particular por meio do licenciamento ambiental encontram limite no ordenamento jurídico-constitucional, em especial, nos direitos fundamentais, sob pena de aviltamento ao direito de propriedade privada e aos princípios da livre iniciativa (art.170, caput da CF) e desenvolvimento nacional (art.3, inciso II, da CF).

Resta-nos indagar se o licenciamento ambiental, enquanto instrumento legal de regulação dos setores econômicos, não tem se distanciado das diretrizes do princípio do desenvolvimento sustentável.

O presente trabalho adota enfoque jurídico-dogmático¹² ou, conforme denominação utilizada por Bittar¹³, se vale de “técnica normativa” de pesquisa, priorizando as relações normativas e nas estruturas interiores ao ordenamento. Além disso, arrima-se numa perspectiva positivista. Contudo, buscou-se ainda subsidiar a discussão com dados de pesquisas empíricas e, a partir da teoria deliberativa da democracia, de Habermas, e dos primados principiológicos do novo CPC, propor um novo modelo normativo procedimental.

2 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DESAFIOS

A lei 6938/81 erigiu o licenciamento ambiental como um dos principais instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente em seu art.9, IV (BRASIL. lei 6938.1981, art. 9).¹⁴ Referida lei, por sua vez, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que por meio dela a proteção ambiental foi consagrada como princípio, impondo-se ao Poder Público e à coletividade a responsabilidade pela

¹¹ RESOLUÇÃO 237/97, ART. 1, I, DO CONAMA

¹² GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹³ BITTAR, Eduardo. Metodologia da pesquisa jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴ Dispõe o art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; [...].

defesa e conservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações¹⁵.

Neste contexto, coube à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a competência comum para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art.23, VI da CF/88), sendo o licenciamento ambiental umas das formas de exercício da competência comum¹⁶.

O licenciamento foi então conceituado no art.1, inciso I, da resolução 237/97 do CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA - Sistema Nacional de Meio Ambiente (também criado no âmbito da lei 6938/81) como procedimento administrativo pelo qual um órgão ambiental competente das esferas federal, estadual ou municipal licencia a instalação e a operação de empreendimentos cujas atividades sejam consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras.

É instrumento típico de prevenção de danos ambientais¹⁷ e se procede atualmente mediante moroso e complexo procedimento, com derradeiro objetivo de conceder ao empreendedor a licença ambiental, assim definida pelo art.1º, inciso II da resolução 237/97 do Conama:

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.

Em que pese o art.170, parágrafo único, da CF/88 assegure a todos a livre iniciativa, independentemente de autorização de órgãos públicos, a intervenção estatal no domínio econômico é legitimada à luz do princípio do desenvolvimento sustentável de forma a garantir a harmônica coexistência entre economia e a ecologia¹⁸.

Não é admissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias à finitude dos recursos ambientais¹⁹, razão pela qual o licenciamento ambiental apresenta-se como verdadeiro exercício do poder de polícia estatal e,

¹⁵ SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 82.

¹⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 275.

¹⁷ BECHARA, Érika. *Licenciamento e compensação ambiental na lei do sistema nacional das unidades de conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 82.

¹⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; MORITA Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

¹⁹ Idem.

consequentemente, de restrição aos princípios da proteção à propriedade privada, autonomia privada e livre iniciativa, devendo subordinar-se e justificar-se, como tal, no interesse público.

A tutela ambiental fundamenta-se na supremacia do interesse público, não sendo lícito ao administrador, sob os auspícios da discricionariedade, valer-se de um poder desmedido, irrazoado, de forma a comprometer a efetiva eficácia do licenciamento como ferramenta de gestão ambiental e de concretização do princípio do desenvolvimento sustentável.

Sobre o tema, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ :

As prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são maneáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de *poderes*. Na verdade, o que ela dispõe são poderes-deveres, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de *função*. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado no dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade.

O interesse geral, em sua concretude, não representa desproteção aos interessados privados. Antes disto, desafia a compatibilização de interesses aparentemente conflitantes, todavia, igualmente assegurados pela Constituição Federal²¹. Ainda que o Poder Público tenha, dentre seus pilares, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, seu exercício encontra óbice no comprometimento das liberdades individuais e de outros direitos fundamentais.

Destarte, o licenciamento ambiental não deve ser interpretado unicamente como instrumento de proteção ambiental, mas também como procedimento que busque equalizar a qualidade ambiental, a dignidade humana e o desenvolvimento econômico e social do país, redundando na menor intervenção possível na propriedade privada e na livre iniciativa²².

3 DAS CRÍTICAS AO PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL:

²⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 94.

²¹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; VASCONCELOS, Luis André de Araújo. O licenciamento ambiental à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 7, n. 13/14, jan./dez. 2010. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/174/157>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²² Idem.

NECESSIDADE DE ROMPIMENTO COM O ATUAL PARADIGMA

Apesar da vigência há mais de três décadas da PNMA (Política Nacional de Meio Ambiente) há muito o que se fazer para melhoria e aperfeiçoamento de seu maior instrumento: o licenciamento ambiental.

O Estado não acompanhou o comando normativo, deixando de aparelhar adequadamente os órgãos ambientais licenciadores, a fim de permitir ao particular conformar-se à ordem socioambiental. O licenciamento, ao longo do tempo, passou a ser alvo de críticas por parte de diferentes atores. Conforme Fiorillo et al.²³

A crítica que tem sido constante nos processos de licenciamento ambiental está centrada na discricionariedade do processo; os agentes públicos introduzem entraves burocráticos desnecessários e análises técnicas questionáveis. Há, também, consenso que é necessário introduzir maior segurança no processo de análise de licenciamentos [...].

Além de outras críticas realizadas pela doutrina²⁴, o licenciamento também enfrenta reclamações de entidades empresariais. Conforme estudo da Confederação Nacional da Indústria (CNI), 79,3% das empresas que solicitaram algum tipo de licenciamento enfrentaram problemas no mesmo. Faria²⁵ aponta como as principais causas da demora no licenciamento os seguintes aspectos:

- a baixa qualidade dos estudos ambientais elaborados para a obtenção das licenças;
- as dificuldades inerentes aos procedimentos de previsão de impactos;

²³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; MORITA Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴ GODOY, André Vanoni de. A eficácia do licenciamento ambiental como um instrumento público de gestão do meio ambiente. Brasília: OAB, 2005. p. 41. “[...] a eficácia do licenciamento ambiental como instrumento público de gestão do meio ambiente tem padecido pelas práticas discricionárias dos órgãos responsáveis, cuja inclinação predominantemente punitiva tem, se não impedido, provocado atrasos no desenvolvimento econômico do país. A existência de uma visão preconceituosa impede que o licenciamento ambiental seja uma prática eficaz do desenvolvimento sustentado, sendo antes disso um pesado óbice jurídico-burocrático enfrentando pelas empresas na concepção e aprovação de seus empreendimentos.” Ver, ainda OLIVEIRA, Maurílio José de; HENKES, Jairo Afonso. *Licenciamento ambiental: uma análise sobre a morosidade dos órgãos públicos e suas consequências*. Revista *Gestão & Sustentabilidade Ambiental*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 429-449, out. 2015. ISSN 2238-8753. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/3220>. Acesso em: 27 nov. 2016. Silva, Breno Maurício Pantoja da. *Análise do processo de licenciamento ambiental no Estado do Rio de Janeiro*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola Politécnica e Escola de Química, Programa de Engenharia Ambiental, Rio de Janeiro, 2014, p. 2. Disponível em: <<http://dissertacoes.poli.ufrj.br/dissertacoes/dissertpoli1079.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

²⁵ FARIA, I. D. *Ambiente e energia: crença e ciência no licenciamento ambiental - parte III: sobre alguns dos problemas que dificultam o licenciamento ambiental no Brasil*. 2011.

- a visão cartorial do processo de licenciamento;
- as deficiências nos processos de comunicação com a sociedade;
- as falhas do modelo de realização de audiências públicas;
- os conflitos políticos internos aos órgãos do setor ambiental;
- a politização dos cargos gerenciais do setor público, com reflexos sobre a qualidade da gestão;
- a sobreposição de funções entre órgãos públicos;
- a baixa capacitação técnica para analisar, com a requerida qualidade, as informações prestadas nos relatórios preparados pelos empreendedores requerentes de licenças;
- o aumento da influência de argumentos subjetivos e ideológicos;
- a indefinição das competências legais de cada nível de governo (União, Estados e municípios);
- a judicialização do processo decisório, motivada, principalmente, pelas ações do Ministério Público e pela fragilidade legal das resoluções do CONAMA que embasam a tomada de decisão no setor, abrindo espaço para contestações judiciais; e
- a exigência e imposição política de avaliação rápida de projetos prioritários.

Conforme destacou Almeida²⁶, a morosidade nos licenciamentos afeta negativamente o desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, afasta o país de geração de empregos e rendas necessários à superação da pobreza

Ao mesmo tempo em que o país se conscientiza da necessidade de fazer situação dos seus 50 milhões de miseráveis e cria programas como o FOME ZERO, o emperramento dos sistemas de licenciamento conduz à fome. [...] Os empreendedores, em muitos casos desistem ou mudam de local e até de país. Limita-se assim a geração de emprego e de renda, indispensável para tornar sustentáveis os programas sociais de combate a miséria.

O exercício do poder de polícia estatal, excepcionalmente outorgado ao Estado para intervenção na iniciativa privada e no direito à propriedade, ainda que em prol dos direitos difusos coletivos, é incompatível com a ação ineficiente

²⁶ ALMEIDA, Fernando. Quando o Licenciamento Ambiental é instrumento da fome. *O Estado de São Paulo*, 15 jun. 2013.

e morosa do Estado, tampouco com a ação discricionária desvinculada, capaz de comprometer sua imparcialidade na gestão do interesse público.

Registra-se que a morosidade nos procedimentos judiciais e administrativos configura violação de normas jurídicas internacionais e constitucionais. Tanto o pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)²⁷, recepcionado na ordem jurídica nacional como norma supralegal, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII²⁸ estabelecem o direito a uma duração razoável dos procedimentos.

Outrossim, a discricionariedade de que se tem revestido o procedimento e a insegurança havida no processo de análise revelam que se tem dado ao licenciamento, não raro, tônica punitiva, sob premissa da tutela ambiental. Resta, claro, ainda, o descompromisso com o princípio da eficiência da administração pública preceituado no art.37 da CF/88.

Como afirmam Fiorillo et al.²⁹, é necessário introduzir maior segurança no processo de análise dos licenciamentos sem, no entanto, subtrair a autonomia de cada ente federativo. Com isso, aprimora-se o sistema preventivo, cujo instrumento fundamental é a análise criteriosa e a avaliação adequada e competente dos impactos ambientais que ocorrerão.

A par de tais questões, o licenciamento tem sido visto pelos setores econômicos a ele adstritos, como grave óbice ao desenvolvimento econômico³⁰. Segundo o Boletim Regional, Urbano e Ambiental do IPEA³¹, o licenciamento ambiental é uma das principais causas de atrasos e incrementos nos custos de obras, impactando em todo o setor econômico, notadamente, nos empreendimentos relacionados área de infraestrutura.

O atual quadro político-econômico do país, com alta da inflação e o percentual de desemprego jamais experimentado na história do Brasil, indica

²⁷ SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 159. Dispõe o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos: "Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Destaques nossos.

²⁸ SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 12. O texto completo é "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

²⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; MORITA Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁰ ROMA, Júlio César; PÊGO, Bolívar. *Licenciamento Ambiental no Brasil*. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7119/1/BRU_n15_Licenciamento.pdf>. Acesso em 26 nov. 2016.

³¹ Idem.

que o modelo de licenciamento ambiental hodiernamente adotado, necessita de aperfeiçoamento e celeridade para que se consubstancie em prática eficaz de proteção ao meio ambiente e de indução ao desenvolvimento sustentável.

No Congresso Nacional, tramitam dezenas de projetos de lei e uma Proposta de Emenda a Constitucional – a PEC 65/15 - propondo alternativas ao atual instrumento.

No âmbito estadual, recentemente, foi sancionada a lei 21.972/16, através da qual foram reestruturadas as unidades administrativas do SISEMA (Sistema Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos) e reformulado o modelo de licenciamento ambiental adotado no Estado de Minas Gerais, demonstrando a importância e real necessidade de otimização do procedimento para que o licenciamento se consagre como instrumento público eficaz de gestão do meio ambiente.

Concomitantemente à alteração procedimental, caberá ao Poder Público, em contrapartida aos significativos investimentos realizados pelo empresariado, em prol da regularização e enquadramento ambiental de suas atividades, (re)estruturar os órgãos ambientais quantitativamente e qualitativamente garantindo aos agentes públicos meios de exercício do ofício para que o licenciamento não se transforme em uma impostura estatal³².

4 DA COOPERAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. APERFEIÇOAMENTO DO GERENCIAMENTO COMPARTILHADO DOS RISCOS E MINIMIZAÇÃO DA HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Embora seja uníssona a necessidade de rompimento com o paradigma de licenciamento atual, há grande dissenso quanto à forma adequada para sua mudança. De um lado, há forças que defendem o fortalecimento do licenciamento como instrumento da PNMA e de outro os que buscam, por meio da reforma, a flexibilização do instrumento. A dicção da norma constitucional é clara quando impõe ao Poder Público e à coletividade (art. 225, *caput*, da CF/88) o gerenciamento dos riscos ambientais.

Segundo Fiorillo et al.³³, é necessário analisar os instrumentos das

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; MORITA Dione Mari; FERREIRA, Paulo. Licenciamento Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2011.

políticas ambientais de forma que se obtenha, dentro dos princípios da participação democrática, o equilíbrio entre as variáveis políticas que as instituições democráticas pressupõem e a competente análise técnica, isenta e eficiente, que o meio ambiente necessita, objetivando um efetivo crescimento econômico que deverá propiciar a redução das desigualdades sociais com sustentabilidade ambiental.

O IPEA (Instituto de Pesquisa Aplicada)³⁴, fundação pública federal, vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, tem desenvolvido estudos com vistas ao diagnóstico dos problemas e aperfeiçoamento do licenciamento ambiental. Destacam-se, aqui, o Licenciamento Ambiental para o Desenvolvimento Urbano (2013) e Condicionantes Institucionais à Execução do Investimento em Infraestrutura (2015), e mais recentemente, o Licenciamento Ambiental no Brasil³⁵, cujo escopo é fomentar, po meio do conhecimento empírico do licenciamento, o debate e a discussão democrática entre a rede de atores sociais envolvidos no procedimento, como IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, outros órgãos licenciadores como as OEMA's (Órgãos Estaduais de Meio Ambiente), iniciativa privada, representada pela CNI (Confederação Nacional das Industrias) e CNA (Confederação Nacional de Agricultura e Pecuária no Brasil), sociedade civil, por meio do Instituto Socioambiental (ISA) e outros, academia (universidade e órgãos de pesquisa) e dos órgãos de controle (MPU, TCU e CGU) de forma a identificar e gerenciar os conflitos havidos, elaborando propostas de melhoria - sem olvidar aquelas em tramitação - para as diversas etapas do licenciamento ambiental, a bem do desenvolvimento sustentado.

A participação democrática nas discussões que norteiam as diretrizes do licenciamento ambiental, tanto quanto a dialética, com os atores sociais envolvidos durante a execução do procedimento em si, tem assento teórico no modelo normativo de democracia formulado por Jurgen Habermas, intitulada teoria Deliberativa de Democracia.

Parte-se de um ideal de esfera pública, por meio do qual o diálogo, entre iguais, é prestigiado como meio para se chegar a um consenso dentro de um procedimento. O diálogo é conduzido sob a forma de ação comunicativa, assim

³⁴ IPEA é reconhecido por “pensar o Brasil” e por funcionar como um organismo de planejamento, pesquisa e assessoria do Estado brasileiro, no dizer de seu presidente, Márcio Pochmann. O instituto fornece suporte técnico e institucional as ações governamentais para formulação e o acompanhamento de políticas publicas programas de desenvolvimento. <http://ipea.gov.br>

³⁵ ROMA, Júlio César; PÊGO, Bolivar. Licenciamento Ambiental no Brasil. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7119/1/BRU_n15_Licenciamento.pdf>. Acesso em 26 nov. 2016.

conceituada por Miguel³⁶ como “ação voltada para o entendimento mútuo, por intermédio do diálogo, em oposição à ação estratégica, que busca apenas o sucesso e utiliza caracteristicamente operadores sistêmicos como o poder e o dinheiro”, lastreando-se em uma ótica utilitarista.

A discussão de um modelo mais democrático de licenciamento poder-se-ia também referenciar, em que pese as especificidades próprias do direito público e dos princípios do direito administrativo, na nova ordem processual civil, consagrada pelo Código de Processo Civil de 2015.

O novo CPC erige a cooperação, a dialeticidade e o contraditório participativo como princípios processuais(art.6, 8 e 9 do CPC), propiciando aos envolvidos participação ativa no processo, seja no debate para saneamento das obscuridades, inocuidades e divergências do processo, seja permitindo as partes influenciar na decisão do órgão jurisdicional com argumentos, ideias e fatos, oportunizando-as manifestar previamente sobre o ponto a ser decidido, de forma que no iter procedimental não ocorram surpresas fora do contexto traçado pelos envolvidos.

Nada impediria que tais postulados fossem incorporados ao licenciamento. Se o objetivo do instrumento é fazer com que as atividades potencial ou efetivamente causadoras de degradação ao meio ambiente, pertencentes a particulares ou ao Poder Público possam ser previamente analisadas e compatibilizadas³⁷, nada mais coerente que se faça pela participação efetiva do empreendedor no procedimento que o habilite desenvolver-se conforme os limites de tolerância do impacto ambiental, permitindo-lhe influenciar diretamente no julgamento das decisões a serem tomadas pelo órgão ambiental licenciador, sem surpreender-se com o prematuro arquivamento do processo ou indeferimento da licença, para o qual dedicou tempo e investimentos.

Abrir-se a um modelo de licenciamento mais democrático, permitiria aos atores sociais envolvidos no processo, compreendê-lo em sua inteireza, profundidade e complexidade, conferindo-lhes maior aptidão para o gerenciamento compartilhado dos riscos intrínsecos ao exercício das atividades econômicas. Permitiria também ao particular livrar-se do sentimento de que seu direito à propriedade encontra-se hipertrofiado pelos excessos, morosidade e amarras jurídico-burocráticas impostas

³⁶ MIGUEL, Luiz Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, São Paulo: ANPOCS, 1996, p. 13.

³⁷ KRELL, Andreas Joachim. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 58.

pelo Poder Público durante o licenciamento ambiental. Permitiria entender o licenciamento ambiental como meio adequado de exercício e proteção do direito de propriedade.

5 CONCLUSÃO

A hermenêutica constitucional hodierna reclama a compatibilização de direitos por vezes colidentes. O direito à propriedade, por exemplo, deve ser exercido de forma a assegurar o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Neste viés, o licenciamento ambiental enquanto principal instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente, é uma forma juridicamente válida de limitação do exercício do direito à propriedade, legitimada no interesse do desenvolvimento sustentável. Todavia, o licenciamento tem de observar parâmetros constitucionais como o princípio da eficiência, não podendo afrontar o direito à razoável duração do processo. Como exercício do poder de polícia estatal, este deve motivar-se e justificar-se no interesse público, intervindo da maneira menos gravosa possível na propriedade privada.

O atual paradigma de licenciamento desafia reformulação por distanciar-se, em vários aspectos, da necessária compatibilização entre desenvolvimento econômico-social e a tutela ambiental. A morosidade, a discricionariedade e as análises técnicas questionáveis tornam o procedimento ineficiente, desafiando, não raras vezes, sua judicialização.

O conflito entre a flexibilização do procedimento e a defesa do fortalecimento do licenciamento como instrumento da PNMA precisa ser superado a partir do debate e gerenciamento dos conflitos de ordem material e processual entre os atores sociais envolvidos no procedimento. Estudos quanto à temática têm sido desenvolvidos por institutos de pesquisa do Estado, em paralelo à tramitação de projetos de lei e uma proposta de emenda constitucional com escopo de conferir ao licenciamento eficácia e celeridade enquanto instrumento de gestão ambiental. Neste contexto, a participação democrática do empreendedor nas diretrizes do licenciamento e em sua execução, apoiada na teoria Deliberativa da Democracia de Habermas e nos postulados principiológicos do Novo CPC, apresenta-se como alternativa a superação de conflitos ontológicos, na busca da eficiência ao procedimento, convolvando-se em

verdadeiro meio de desenvolvimento e proteção da propriedade privada exercido em conformidade com os deveres de preservação ambiental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando. Quando o Licenciamento Ambiental é instrumento da fome, in **O Estado de São Paulo**, 15/06/13.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BECHARA, Érika. **Licenciamento e compensação ambiental na lei do sistema nacional das unidades de conservação (SNUC)**. São Paulo: Atlas, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 41-60, out./dez. 1996. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/20711>>. Acesso em: 19 novembro de 2016.

BITTAR, Eduardo. **Metodologia da pesquisa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Empresas enfrentam dificuldades no licenciamento ambiental. **Sondagem Especial**, v. 5, n. 2, junho de 2007, p. 1.

FARIA, I. D. **Ambiente e energia: crença e ciência no licenciamento ambiental - parte III: sobre alguns dos problemas que dificultam o licenciamento ambiental**

no Brasil. 2011. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-deestudos/textos-para-discussao/td-99-ambiente-e-energia-crenca-e-ciencia-nolicenciamento-ambiental.-parte-iii-sobre-alguns-dos-problemas-que-dificultam-olicenciamento-ambiental-no-brasil>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; MORITA Dione Mari; FERREIRA, Paulo. **Licenciamento Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODOY, André Vanoni de. **A eficácia do licenciamento ambiental como um instrumento público de gestão do meio ambiente**. Brasília: OAB, 2005.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HENKES, Silvana Lúcia. A propriedade privada no século XXI. **Revista Sequência**, n. 49, p. 113-134, dez. 2004.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; VASCONCELOS, Luis André de Araújo. O licenciamento ambiental à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 7, n. 13/14, jan./dez. 2010. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/174/157>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

MIGUEL, Luiz Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, São Paulo: ANPOCS, 1996, p. 5-42.

MIRRA, Alvaro Luis Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de**

Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 50-66, abr./jun. 1996.

OLIVEIRA, Maurílio José de; HENKES, Jairo Afonso. Licenciamento ambiental: uma análise sobre a morosidade dos órgãos públicos e suas consequências. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**, v. 4, n. 2, p. p. 429-449, out. 2015. ISSN 2238-8753. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/3220 >. Acesso em: 27 nov. 2016.

ROMA, Júlio César; PÊGO, Bolivar. **Licenciamento Ambiental no Brasil**. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7119/1/BRU_n15_Licenciamento.pdf>. Acesso em 26 nov. 2016.

SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de Direito Internacional**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

SILVA, Breno Maurício Pantoja da. **Análise do processo de licenciamento ambiental no Estado do Rio de Janeiro**. 2014. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola Politécnica e Escola de Química, Programa de Engenharia Ambiental, Rio de Janeiro, 2014, p.2. Disponível em: <<http://dissertacoes.poli.ufrj.br/dissertacoes/dissertpoli1079.pdf> >. Acesso em: 25 nov. 2016.

Recebido em: 12 de dezembro de 2016

Aceito em: 19 de junho de 2016