

Licenciamento ambiental e a teoria da regulação inteligente: uma contribuição de Neil Gunningham

Environmental license regulation and the theory of smart regulation of Neil Gunningham

Submetido(submitted): 8 May 2022

Parecer(reviewed): 5 July 2023

Revisado(revised): 18 April 2024

Aceito(accepted): 23 April 2024

Yuri Andrade de Sena*

<https://orcid.org/0009-0004-7105-6113>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] *Environmental licensing is a procedure through which the environmental regulator allows economic activities when they are potentially hazardous to the environment. The environmental license is a fundamental instrument to evaluate and enforce minimal standards to reduce ecological damage in Brazil. This essay analyzes how Neil Gunningham's proposal of responsive regulation could advance the existing framework for environmental licensing, dissociating this improvement from changes in legislation. Therefore, it points to regulatory policies that are more responsive driven than the current environmentalist regulation.*

[Methodology] *Our approach is the comparison between the principles for smart regulation as described by Neil Gunningham and the Brazilian legal design for environmental licensing.*

[Findings] *Our main findings report the possibility of expansion of the discretion entitled to the environmental agencies around environmental licenses to use them as instruments of regulation. In this regard, agencies should establish clear standards for granting and revising licenses. Additionally, the empowerment of social groups and NGOs in the regulatory process may contribute to this result. Moreover, we argue that a command and control regime approximates to a mixed instruments regulation, whenever it incorporates those principles.*

[Practical implications] *The essay proposes solutions that shift our current social licensing regulation to a more responsive model, without changing laws. Hence, our proposal relies only on Executive initiative, and that condition favors the implementation at any time.*

Keywords: *Environmental licensing. Responsive regulation theory. Environmental impact. Smart regulation principles. Neil Gunningham.*

*Advogado. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (2023). Visiting student da Humboldt-Universität zu Berlin (2018). Contato: senayuri8@gmail.com.

Resumo

[Propósito] O licenciamento ambiental é um procedimento por meio do qual o órgão regulador ambiental permite a realização de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente. A licença ambiental tem sido um, senão o único, meio de prevenção de padrões mínimos de redução de dano ambiental no Brasil. Nesse cenário, utilizar-se-ão os preceitos da teoria responsiva de Neil Gunningham para analisar a possibilidade de evolução do atual modelo de licenciamento a partir da legislação já existente. A finalidade do artigo, portanto, é a proposição de uma política regulatória mais responsiva para o âmbito da regulação ambiental atual.

[Metodologia] A metodologia utilizada é a comparação entre os preceitos de Neil Gunningham e o desenho regulatório da licença ambiental brasileira.

[Resultados] Os resultados dessa revisão bibliográfica apontarão para a possibilidade de expansão do seu emprego pelos órgãos ambientais de cada ente federativo, a partir da reconfiguração dos *standards* ambientais durante os processos de concessão e revisão da licença bem como o aumento da participação de grupos de interesse social e entidades especializadas no processo regulatório. Ademais, defender-se-á, a partir dessa mudança na utilização do instrumento em questão, a sua coexistência com outros instrumentos de regulação dos padrões ambientais dessas atividades.

[Implicações práticas] O texto lança mão de sugestões, dentro do quadro normativo vigente sobre o licenciamento ambiental, para uma regulação ambiental responsiva. Dessa sorte, cuida-se de mudanças que podem ser implementadas a qualquer momento pelos órgãos ambientais, prescindindo a intervenção do Poder Legislativo.

Palavras-chave: Licenciamento ambiental. Teoria da regulação responsiva. Impacto ambiental. Princípios de regulação inteligente. Neil Gunningham.

INTRODUÇÃO

O licenciamento ambiental representa um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme o previsto no artigo 9º, inciso VI, da Lei 6.938/1981. Nessa condição, o procedimento perfaz uma das formas de regulação ambiental, senão a maior delas, e se destina a atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente.

Não obstante essa importância, observam-se falhas dos órgãos ambientais na expedição e no acompanhamento das licenças ambientais, as quais expõem a risco os ecossistemas e a população próximos aos empreendimentos. Em razão disso, o presente trabalho se debruçará sobre a possibilidade de uma nova atuação do Estado brasileiro em matéria de licenciamento ambiental à luz da teoria da regulação inteligente (*smart regulation*), de Neil Gunningham.

O marco teórico em questão se baseia na premissa de que a atuação regulatória estatal deve transcender a escolha binária entre regular e desregular

determinado setor, adotando uma postura posição dialógica perante os agentes regulados. Nesse contexto, a teoria da regulação inteligente, que fora formulada como derivação da teoria da regulação responsiva de Ayres e Braithwaite, direciona sua proposta à execução da política ambiental.

Por consequência, vislumbra-se a possibilidade de adoção desse novo aparato teórico no sistema de licenciamento ambiental brasileiro. Isso, porque existem elementos na legislação atual que permitem maior dialeticidade e responsividade no procedimento.

O artigo será composto de quatro seções. Na primeira, realizar-se-á breve análise sobre o estado da arte no licenciamento ambiental, com enfoque sobre a estrutura normativa.

Em seguida, abordar-se-á o tema da discricionariedade na concessão da licença ambiental, enquanto um elemento que permeia a combinação da lógica de comando e controle com outras abordagens regulatórias.

Na parte três, serão apresentadas, brevemente as cinco premissas da teoria da regulação inteligente que se direcionam à atuação regulatória estatal.

Finalmente, na quarta seção, será realizado o cotejo analítico entre os pressupostos e o quadro normativo vigente sobre o licenciamento ambiental, abordando não só os elementos passíveis de manejo imediato, pelos órgãos ambientais em prol da regulação inteligente, (compatíveis com a legislação); como também instrumentos adicionais, a serem incorporados mediante alterações legislativas.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL BRASILEIRO: COMO PODEMOS ATUALIZAR UM INSTITUTO TÃO ANTIGO?

O plexo normativo que confere sustentação jurídica ao procedimento de licenciamento ambiental contempla o texto constitucional (art. 225, §1º, IV), a Lei 6.938/1981 e a Lei Complementar 140/2011. No plano infralegal, por sua vez, temos as Resoluções CONAMA 01/1986 e 237/1997, as quais regulamentam o instituto no âmbito nacional, bem como outras resoluções que tratam de regimes específicos de licenciamento, tais como o licenciamento simplificado; e o de usinas hidrelétricas.

Para fins do presente trabalho, o instituto será abordado sob duas perspectivas principais: (i) a licença ambiental como fruto de um processo administrativo (“ato-processo”) e (ii) a aproximação desse procedimento com a lógica de comando e controle.

Nos termos da Lei Complementar 140/2011, o licenciamento ambiental é o procedimento administrativo que se destina a licenciar atividades ou empreendimentos que utilizam recursos ambientais e que são efetiva ou

potencialmente poluidores¹. Por “licenciar atividade”, entende-se atribuir legitimidade à sua instalação e/ou à sua operação, atestando a conformidade aos limites permitidos, por parte do órgão ambiental competente, conforme o previsto na Resolução CONAMA 237/1997².

Conseqüentemente, a finalidade última do licenciamento ambiental compreende a obtenção, pelo empreendedor, da licença ambiental. Esse é, portanto, o ato administrativo por meio do qual a autoridade estabelece os padrões de controle ambiental, os quais devem ser obedecidos pelo agente regulado. Por isso, exerce função de mitigar impacto ambiental daquele empreendimento ou atividade.

Nesse procedimento, participam dois agentes principais, (i) o órgão ambiental competente para conceder a licença – conforme estipulado pela Lei Complementar 140/2011 – e (ii) o empreendedor, que também é o responsável pelo pagamento das despesas do procedimento.

Além disso, a Resolução CONAMA 237/1997 determina que, naqueles licenciamentos em que houver a necessidade de elaboração de estudos de impacto ambiental, será obrigatória a realização de audiência pública. Sua previsão se destina a

“expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA [Relatório de Impacto Ambiental], dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.”

Ao fim do processo, emite-se a licença ambiental, que poderá ter três modalidades distintas, a depender do momento do empreendimento em questão: a licença prévia, a licença de instalação e a licença de operação. A primeira se concede ainda na fase preliminar, quanto ao planejamento do empreendimento,

¹ Texto na íntegra:

Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se:
I - licenciamento ambiental: 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;

² No original:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: [...] 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.

a fim de aprovar localização e concepção. A segunda, por sua vez, autoriza a instalação do empreendimento ou atividade dentro das condicionantes previstas nos planos, programas e projetos aprovados, o que inclui medidas de controle ambiental. Por fim, a licença de operação permite o pleno funcionamento do empreendimento ou atividade, de modo que a sua concessão depende da verificação do cumprimento dos compromissos e das condicionantes estipuladas nas duas licenças anteriores.

As três modalidades de licença preveem um prazo de expiração, cujo termo final obrigaria o empreendedor a buscar nova licença junto ao Poder Público. A submissão e a aprovação desse pedido são necessárias a fim de que o projeto ou a atividade prossiga regularmente. Na hipótese de desrespeito a essa obrigação, a legislação prevê sanções penais³ e administrativas⁴.

A importância do licenciamento para o Direito Ambiental pátrio é reforçada por sua caracterização, na Lei 6.938/1981, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Assim, o ato de concessão, renovação ou denegação pressupõe o reconhecimento estatal de se aquela atividade econômica atende ou não aos ditames constitucionais, legais e infralegais de funcionamento. Tal instrumento estaria apto a mitigar ou impedir os danos ambientais. Daí dizer que a licença ambiental se traduz como importante ferramenta à proteção efetiva do meio ambiente (BURGEL, DANIELLI e SOUZA, 2017).

Por outro lado, dentro da teoria de Gunningham, a referida medida se trata de uma regulação de comando e controle, na qual o

“regulador determina a meta ambiental ou padrão sobre o qual será tecnicamente possível em um determinado tempo, para determinado setor econômico e para uma determinada atividade industrial.” (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1998)

Em outros termos, ela veicularia a política regulatória por meio da qual o Estado assume o protagonismo da regulação, determinando os padrões mínimos de adequação, com vistas ao alcance de um objetivo público.

Para a formulação de Gunningham, a noção de “padrão” envolve o estabelecimento de requerimentos uniformes a categorias amplas de atividades,

³ A título de exemplo, o artigo 60 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) tipifica como crime conduta de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar empreendimento sem a devida licença.

⁴ O artigo 3º do Decreto 6.514/2008 prevê uma série de sanções, tais como advertência, multa, destruição/inutilização do produto, embargo da obra ou da atividade, a suspensão parcial ou total da atividade.

e essa uniformidade de aplicação serviria para alcançar objetivos ambientais específicos.

Esse seria o caso, por exemplo, do artigo 19 da Resolução CONAMA 237/1997. A norma atribui ao órgão ambiental o poder-dever de solicitar esclarecimentos e complementações quanto à documentação apresentada pelo empreendedor, caso não lhe julgue satisfatória. Em complemento, a Resolução CONAMA 01/1986 regulamenta o relatório de impacto ambiental e determina que “a descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais” é indispensável à homologação do aludido relatório.

A interpretação conjunta das duas normas revela que o licenciamento ambiental confere ao Poder Público o status de órgão diretor do empreendimento poluente. Institui-se o dever, aos particulares, de fornecer todas as informações necessárias à deliberação sobre a viabilidade ou inviabilidade ambiental da respectiva atividade econômica.

Esse protagonismo se acentua na medida em que o indeferimento do pedido da licença implica ilicitude da construção, operação ou reforma do empreendimento. A intervenção do órgão ambiental afeta a criação ou a continuação do negócio privado. E não poderia ser diferente, uma vez que o artigo 10 da Lei 6.938/1981⁵ estipula a licença ambiental como condicionante para essas atividades.

Vale pontuar: o licenciamento foi a primeira forma pela qual os Estados modernos adotaram políticas ambientais. Uma de suas vantagens é, quando comparado a outros instrumentos, deixar evidente qual deveria ser a atuação dos regulados (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1998). Isto é, considerando as técnicas modernas (que discutiremos adiante), o arranjo de comando e controle dá ao regulador os moldes sobre como o regulado agirá. Da mesma forma, o Estado pode ter maior previsibilidade em relação às ações do regulado, ainda que as metas de dano ambiental sejam, por sua natureza, provisórias. Tanto é assim que até mesmo a licença de operação possui prazo de validade (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1998).

Por outro lado, a aludida técnica tem: (i) a falta de incentivos ao regulado para ir além do patamar fixado pela licença (ou seja, investir para reduzir ainda mais o dano ambiental); (ii) a uniformidade das normas aplicáveis tende a produzir resultados menos eficientes do que normas “feitas sob medida”; (iii) a

⁵ Texto na íntegra:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

ampla suscetibilidade à corrupção dos agentes públicos; e (iv) os elevados custos somados à sua dificuldade de *enforcement* (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1998).

Nesse contexto, à luz das transformações nas concepções sobre a função do Estado na economia e sobre a participação democrática, surgiram novos instrumentos regulatórios, dentre os quais destacamos três: a autorregulação, o voluntarismo e os instrumentos econômicos (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1998).

A autorregulação, como o próprio nome sugere, envolve a regulação pelos próprios entes regulados, principalmente por meio de grupos organizados setoriais. Já o voluntarismo se baseia no cumprimento voluntário de bons padrões de serviço e afins, sem qualquer coerção externa (BRAITHWAITE, HEALY e DWAN, 2005).

Os instrumentos econômicos, por sua vez, envolvem sanções e/ou incentivos na seara econômica que direcionam o regulado a seguir os comportamentos desejados pelo regulador. As soluções pertencentes a essa categoria incluem: a criação de mercados de créditos de carbono e a responsabilização civil por danos ambientais (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1998).

Em conclusão, temos que o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo no qual o regulado buscará obter a licença ambiental pelo órgão ambiental. Nessa condição, há um entroncamento entre o interesse privado de empreender e o interesse público em ver preservado o meio ambiente. Em razão do maior protagonismo do Estado nessa forma de regulação, a leitura tradicional do instituto o identifica como regulação de comando e controle.

Todavia, identifica-se espaço para atuação menos engessada do órgão ambiental, sobretudo no que se refere a uma atualização de um papel estritamente burocrático que perpassa a simples emissão de ato administrativo. Como instrumento da política ambiental, a licença ambiental permite ao Poder Público uma atuação mais dinâmica para com os demais agentes de interesse, principalmente em virtude da constatação simultânea de que: (i) a leitura mais atualizada do instituto permite uma atuação discricionária do órgão regulador; e (ii) a teoria da regulação responsiva oferece parâmetros para uma atuação, a longo prazo, mais eficiente da regulação ambiental. É o que se verá nas próximas seções.

NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL: HÁ ESPAÇO PARA DISCRICIONARIEDADE NA SUA CONCESSÃO?

De início, expõe-se que a doutrina não é unânime em relação à natureza jurídica do instituto. Para o presente estudo, essa divergência se projeta sobre três dimensões distintas da licença ambiental: (i) a existência de direito constituído à instalação do empreendimento, quando configurados os requisitos legais; (ii) a possibilidade de o órgão ambiental divergir da conclusão dos estudos de impacto ambiental e conceder ou negar o ato administrativo, por razões próprias; e (iii) a estabilidade da licença ambiental depois que é concedida, isto é, a possibilidade ou não de sua revisão.

Existência de direito constituído à instalação ou expansão de empreendimentos potencialmente poluentes

Com relação à dimensão do direito constituído, parte-se do critério nominal, o emprego do termo “licença” para designar o instituto. Segundo relatam FINK (2004) e FARIAS (2013), a doutrina majoritária possui a compreensão de que a licença ambiental seria espécie de licença administrativa. Isto é, configuraria ato administrativo vinculado e definitivo, que há de ser concedido ao particular quando este atende a todos os requisitos de sua concessão. Em razão disso, entende-se pela existência de um direito subjetivo do interessado em obter a pretendida licença (FINK, 2004).

Os críticos a essa teoria, contudo, entendem que não seria cabível realizar a extensão do referido conceito à seara ambiental, tendo em vista que cada tipo de licença possui um prazo de validade, tendo a norma mencionado expressamente a possibilidade de sua renovação, algo que não existe na licença administrativa (OMENA, 2017). Além disso, aduz-se que seria descabido entender por vinculado um ato que é editado no microsistema de Direito Ambiental, no qual são editadas normas gerais e de definição ampla (MILARÉ, 2007). Critica-se, ainda, que a ordem constitucional, especificamente o parágrafo único do art. 170 da Carta Federal, estabelece a exploração de atividade econômica como subordinada a autorização, a qual está prevista na Lei 6.938/1981⁶ (MOURA e BRAGANÇA, 2019).

⁶ Texto na íntegra:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar

Por conta desses argumentos, outros doutrinadores como Paulo Affonso Leme Machado sustentam ser a licença ambiental ato discricionário, aproximando-se do instituto da “autorização”, no qual a Administração Pública, no exercício do seu juízo de conveniência e oportunidade, delibera pela sua concessão. Da mesma forma, a autorização poderia ser, a qualquer momento, revogada, por possuir natureza precária (MACHADO, 2009).

Como uma das teses para sustentar essa posição, o autor traz a lume julgado, ainda da década de 90, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se afirmou que

“[defender que a licença ambiental seria ato vinculado] 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.” (MACHADO, 2009, p. 276)

Essa preocupação se avoluma na medida em que os estudos técnicos que subsidiaram a concessão da licença podem, no decorrer do tempo, se tornar defasados, o que demandaria, por força do interesse público, a revisão da licença. Defende-se, ainda, que o Poder Público deverá analisar, no licenciamento, respostas complexas e múltiplas apresentadas pelos estudos, as quais demandam ponderação de diferentes interesses (MOURA e BRAGANÇA, 2019).

Com efeito, para a corrente doutrinária mencionada, não há um direito pré-constituído para a construção e expansão de empreendimentos de grande potencial poluente, cabendo ao órgão ambiental, no exercício de sua discricionariedade, autorizar ou não o pedido do empreendedor.

Faculdade de deliberação do órgão ambiental em desacordo com os estudos de impacto ambiental

A referida distinção, além de apresentar efeitos sobre a própria constituição do direito, de forma a tornar o órgão ambiental um dos maiores protagonistas no que tange à proteção ambiental, também causou profícua

degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

§1 Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

discussão no que se refere à liberdade de ação do órgão em razão da conclusão dos estudos de impacto ambiental.

Na Resolução CONAMA 237/1997, consideram-se estudos ambientais todos aqueles relativos à localização, instalação, operação ou ampliação de uma atividade ou empreendimento que seja utilizado como subsídio para a análise da licença. Embora esses estudos sejam indispensáveis para qualquer licenciamento ambiental, a normativa, em seu artigo 3º, estipula um tipo especial, a ser promovido em razão de atividades de significativo impacto ambiental, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), cujas conclusões farão constar no Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Essas hipóteses, bem como a regulamentação do instituto se encontram na Resolução CONAMA 01/1986, sendo válido destacar, a esse respeito, que será parte necessária do EIA o desenvolvimento de uma série de análises sobre tecnologias disponíveis, os possíveis impactos ambientais e suas formas de mitigação, contrastadas com a hipótese de não execução do projeto, dentre outros.

Na sequência, finalizado o RIMA, indaga-se se o órgão ambiental possui poder deliberativo para conceder ou não a licença ambiental. Nessas circunstâncias, a primeira vertente acima exposta oferecerá a seguinte chave analítica: se estiverem verificados todos os requisitos, a licença será concedida; em caso negativo, não haverá o direito.

Por outro lado, para quem entende seu caráter discricionário, há divergência em relação à agência do órgão ambiental. Para parte da doutrina, conforme relata (FARIAS, 2013), adota-se o entendimento de que o vazio da norma seria preenchido pelo exame técnico promovido no EIA, possuindo o órgão regulatório uma discricionariedade que seria técnica. Ou seja, para essa parcela doutrinária, a extensão da discricionariedade do Poder Público estaria adstrita aos estudos preparatórios, não tendo o órgão ambiental outra opção que não o acatamento de suas conclusões qualificadas.

Para os demais doutrinários, dos quais destacamos Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Érika Bechara, no entanto, a discricionariedade remanesce, tendo em vista que a complexidade das variáveis envolvidas demanda um sopesamento dos interesses pelo Poder Público, o qual deve zelar pela “opção que melhor compatibilize o desenvolvimento econômico com a proteção ao meio ambiente” (FARIAS, 2013).

Todavia, essa posição recebeu críticas em razão de se conceder maior poder decisório ao órgão ambiental. Apontam-se, como consequências, a vultuosidade dos investimentos para os empreendimentos e a potencial insegurança jurídica sofrida pelo empreendedor. Em resposta a essas indagações, defende-se que a discricionariedade da licença ambiental estaria

inserta em um juízo de ponderação de princípios pela Administração Pública, dentre os quais os interesses de terceiros (BURGEL, DANIELLI e SOUZA, 2017).

Estabilidade da licença ambiental e hipóteses de sua revisão

O terceiro requisito que se destaca das diferentes correntes que tratam da natureza jurídica da licença ambiental consubstancia a possibilidade de a licença ser revisada, isto é, perder a sua “validade no todo ou em parte, temporária ou permanentemente” (FARIAS, 2013). Neste, reside a controvérsia da segurança jurídica que seria demandada pelos particulares, uma vez que, emitida a licença, cumpre saber em que termos esta vigora.

Para os defensores da natureza de ato vinculado, pelo período no qual é vigente, a licença é definitiva, cabendo intervenção do Poder Público apenas nas situações legalmente previstas (FINK, 2004). Nesse sentido, seriam taxativas as hipóteses do art. 19 da Resolução CONAMA, que são: (i) a violação ou a inadequação das condicionantes ou normas legais; (ii) omissão ou falta de informações relevantes que serviram de subsídio para a emissão da licença; e (iii) a superveniência de graves riscos ao meio ambiente e à saúde.

Por outro lado, aqueles que sustentam a natureza discricionária da licença ambiental exploram a questão de maneira mais minudente. Para Édis Milaré, por exemplo, este é o ponto no qual sua doutrina preleciona que a licença ambiental, embora tenha características de ato discricionário, assume a natureza de ato vinculado, pelo período em que dura. Em outros termos,

“a licença ambiental, apesar de ter prazo de validade estipulado, goza de caráter de estabilidade de jure; não poderá, pois, ser suspensa por simples discricionariedade.” (MILARÉ, 2007, p. 410)

Para os que repisam o caráter discricionário do ato, são diversos os motivos pelos quais pode a licença ser alterada ou até mesmo revogada, como a superveniência de motivos de interesse público; o desaparecimento dos motivos pelos quais a licença se mostrara viável; a adoção de novos critérios de avaliação do impacto; a alteração do plano diretor do Município; e a constatação de erros na sua outorga. Todavia, não há que se imaginar que a concessão desses poderes à Administração Pública pode resultar na legitimação de atos arbitrários, porque se presume que o exercício de discricionariedade está submetido ao princípio da motivação e a intervenção do Estado sobre o empreendimento pode ser impugnada pelos meios cabíveis (MOURA e BRAGANÇA, 2019).

Em que pesem as divergências, sobressai, da discussão apresentada, a preocupação entre o esforço pela solidificação do instituto – seja por meio da defesa de sua rigidez e validade no tempo, seja por meio da atribuição de maiores poderes discricionário à Administração ambiental – e a defesa da segurança jurídica. A questão, contudo, esbarra em dois problemas de ordem prática: (i) a rápida velocidade com a qual as inovações tecnológicas mudam, o que dificultaria uma regulamentação mais estrita; e (ii) a pouca estrutura de pessoal da qual dispõem os órgãos ambientais, nos três níveis da federação (FARIAS, 2013).

Em razão disso, e dos fundamentos apresentados pelos defensores da natureza discricionária da licença ambiental, este autor se filia à mencionada corrente doutrinária. Todavia, compreender que a Administração Ambiental dispõe de discricionariedade para a concessão de licença ambiental não significa que esta pode atuar de maneira amorfa. Na verdade, o cenário fático supramencionado foi semelhante ao constatado no final da década de 1980 e no início da década de 1990 nos Estados Unidos e no Reino Unido, onde foi lançada a pedra angular da teoria da regulação responsiva.

TEORIA DA REGULAÇÃO INTELIGENTE

A Teoria da Regulação Inteligente e suas cinco premissas

A teoria da regulação inteligente tem por base a teoria da regulação responsiva, a qual defende, em síntese, a regulação como um espaço em haveria um intenso fluxo de interação e influência recíprocas entre o Estado, a sociedade e os setores regulados (ARANHA, 2019). Para tanto, o ente regulador disporia de um conjunto escalonado de instrumentos a seu dispor, desde a persuasão até mesmo a “punição capital”, ou a inabilitação do ente regulado (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Para os teóricos dessa primeira vertente, entende-se que a regulação funcionaria regulação como fluxo, e não como um fim em si mesmo, reforçando a multiplicidade de possibilidades de intervenção sobre determinado setor (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), que consubstanciam alternativa intermediária entre a autorregulação e o uso de instrumentos de comando e controle.

Segundo essa lógica, há uma combinação entre a atuação e a autonomia privadas, na mesma medida em que se obtém o *enforcement* da regulação por meio da atuação estatal. Sob outro ponto de vista, busca-se uma maior legitimação das normas regulatórias propostas, à luz de conhecimentos técnicos que se encontram nos corpos técnicos do setor privado. Além disso, os autores

propõem que a adoção dessa técnica de regulação fornece diversos outros benefícios, como o aumento da quantidade de condutas passíveis de sanção, a redução dos custos da regulação; e a maior adesão dos regulados a normas por eles mesmos criadas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

A partir dessa estrutura teórica, Neil Gunningham e Peter Grabosky propõem a teoria da regulação inteligente, que nominalmente incorpora dois pressupostos da teoria da regulação responsiva: (i) a capacidade de prover opções de regulação que ultrapassam a dicotomia entre regular e desregular e (ii) a possibilidade de se alcançar soluções “ganha-ganha” através de inovações no desenho regulatório. Os autores elogiam, também, a ênfase na possibilidade de metarregulação e no republicanismo regulatório, sendo este caracterizado por um setor privado esclarecido e uma opinião pública informada, derivada da deliberação e da participação construtiva do processo regulatório (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998).

No entanto, notou-se pouca preocupação sobre o estudo da formulação do desenho regulatório a partir de combinações de formas de intervenção estatais, sendo esse um dos pilares da teoria da regulação inteligente. O outro, por sua vez, contempla o recrutamento de diversos atores regulatórios para a implementação de combinações complementares desses instrumentos regulatórios como forma de geração de resultados “ótimos”⁷ mais eficazes e eficientes para a política regulatória (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998).

Nesse contexto, Gunningham propôs, inicialmente, cinco pressupostos a ser adotados pelos órgãos reguladores quando da formulação de suas políticas regulatórias, a saber: (i) a preferência por combinações de instrumentos de regulação sobre instrumentos “puros”; (ii) a preferência por meios de regulação menos intervencionistas; (iii) o escalonamento em pirâmide de instrumentos regulatórios na medida necessária para se alcançar os objetivos do órgão ou agência; (iv) o empoderamento de participantes que se encontram na melhor posição para atuar como “reguladores substitutos”; e (v) a maximização de oportunidades por resultados “ganha-ganha” (GUNNINGHAM, 1998).

O primeiro princípio parte do reconhecimento de que apenas em situações pontuais a adoção de apenas um dos diversos instrumentos de regulação se mostra a mais adequada. Isso, porque cada um desses possui características positivas e negativas, sendo mais proveitoso à política regulatória.

⁷ O conceito de “ótimo” referenciado pelos autores contempla quatro pressupostos principais: efetividade, eficiência, equidade na demonstração da distribuição de ônus entre os *players* da regulação e aceitação política. Com relação aos dois primeiros conceitos, o primeiro se trata da real contribuição para a melhoria do meio ambiente e o segundo cuida da melhoria do meio ambiente ao menor custo, o que inclui simplificação administrativa (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998, p. 28).

Seria o caso, por exemplo, do direcionamento de uma intervenção mais incisiva sobre os regulados que, insistentemente, descumprem as normas. Por meio dessa medida, será possível à agência, a um só tempo, redirecionar seus recursos limitados àquelas companhias que seriam, de fato, contumazes na ilegalidade, bem como reforça a imagem positiva da agência como um órgão facilitador do processo regulatório (GUNNINHAM, 1998).

O segundo princípio adota a premissa da dialética entre prescrição e coerção, sendo aquela o estabelecimento de padrões de melhoria ambiental e está propriamente a extensão em que terceiros exercem pressão negativa no regulado para que este melhore sua performance ambiental.

Nesse contexto, o autor reflete que, em termos de eficiência, meios de maior coerção geralmente requerem mais recursos do agente regulador e podem gerar maiores ressentimentos no regulado quando aplicados. Por outro lado, instrumentos regulatórios mais prescritivos possuem menos flexibilidade e dificultam soluções menos custosas pelo regulado. Em razão disso, sugere-se que seja implementado o instrumento menos interventivo que provoque os efeitos desejados (GUNNINHAM, 1998).

Na sequência, introduz-se a parcimônia na aplicação da escalada de sanções da pirâmide de *enforcement* proposta por Braithwaite. Parte-se da compreensão de que os agentes regulados atuam de maneira virtuosa no setor, cabendo ao agente regulador escalar das sanções menos interventivas para as mais incisivas à medida em que as expectativas de atuação são frustradas.

Contudo, Gunningham vai além desse entendimento para trazer a atuação de terceiros, tais como grupos da sociedade civil, bem como a atuação própria dos regulados enquanto promotores de uma autorregulação. A partir dessa noção estendida da pirâmide regulatória, tem-se a atuação estatal vinculada a esses demais agentes, na forma de *quasi* reguladores, que atuam na implementação dessas sanções (GUNNINHAM, 1998).

O quarto princípio, por sua vez, contempla precisamente o aumento do protagonismo daqueles agentes que seriam considerados “terceiros” do processo regulatório, que contemplaria Organizações Não-Governamentais e entidades da sociedade civil organizada na forma de *quasi* reguladores. Os instrumentos de que esses sujeitos disporiam contemplariam ações menos coercitivas, mas cujos efeitos eventualmente podem ser mais graves às empresas.

Alguns exemplos dessas ferramentas seriam a propaganda negativa das práticas de empresas que descumprem as normas e a divulgação de informações para o público consumidor de maneira mais clara quanto às origens do produto produzido. Ressalta-se, porém, que essa participação tende a vir de uma iniciativa governamental pela inclusão, uma vez que a seu empoderamento

espontâneo apenas ocorreria num cenário em que há ampla coincidência entre os interesses público e privado (GUNNINHAM, 1998).

Por fim, a quinta premissa contempla a necessidade de se estabelecer, de forma mais enfática, o modelo de ganhos simultâneos para o regulador e o regulado, como seria o caso da constante evolução das tecnologias do regulado para processos mais ambientalmente corretos, para além dos termos estipulados na regulação.

Essa intervenção é defendida desde a mudança na cultura corporativa, por meio do seu direcionamento à valoração de processos de produção mais limpos, até o próprio subsídio estatal de especialistas que possam auxiliar pequenos e médios negócios a realizar processos de constante transformação das suas cadeias de produção, implementando resultados “ganha-ganha” (GUNNINHAM, 1998).

De uma maneira sintética, esses cinco princípios podem ser lidos como avanços da teoria da regulação responsiva a partir de dois eixos de inovação: a decomposição e a recomposição de instrumentos regulatórios como forma de otimização do esforço das agências e a abertura à intervenção tanto dos agentes regulados quanto de terceiros interessados, a partir da noção construída pelo autor de “governar à distância”.

O papel do Estado no modelo de regulação inteligente: três novos princípios

Em complementação aos cinco preceitos listados, Gunningham, ao observar a experiência de seu país – a Austrália – na adoção de uma nova governança ambiental colaborativa, notou que sua proposta também ressignifica o papel do Estado, que abre mão do papel de centro promotor e fiscalizador de políticas na área ambiental para atuar como um coadjuvante do processo regulatório (GUNNINGHAM, 2009).

Esse entendimento advém da mudança no papel estatal como o único responsável pela promoção das utilidades requeridas pela regulação ambiental frente a novos agentes interessados na matéria e que dispõem, igualmente, de mecanismos para a promoção de suas pautas. O mesmo paralelo pode ser traçado na medida em que os países por ele analisados – Estados Unidos, Grã-Bretanha, Austrália e Canadá – passam a adotar, desde as décadas de 80 e 90, instrumentos de controle ambiental menos interventivos (GUNNINGHAM, 2009).

Nessa concepção, exsurgem três novos parâmetros para a atuação do Estado: (i) o papel de orientação quanto às definições aplicáveis; (ii) a concessão

de incentivos para a participação de novos agentes na regulação ambiental; e (iii) a potencialidade de produzir o *enforcement* de suas decisões.

O primeiro princípio advém da percepção de que é o Estado o ente responsável por definir a natureza da contribuição de regulados e terceiros, o seu escopo e a metas da política regulatória em questão. Dentro desse preceito, listam-se, também, a agenda ambiental a ser discutida, a verba disponível para tanto e a dimensão da influência dos demais agentes sobre a política final (GUNNINGHAM, 2009).

Quanto aos incentivos para a participação, vemos que se trata do provisionamento, pelo Estado, de estímulos negativos ou positivos para a participação de outros agentes no processo regulatório. Como visto no tópico anterior, nem sempre a sociedade encontrará, espontaneamente, as condições ideais para uma maior intervenção de agentes não-estatais no processo de regulação ambiental. Por consequência, incumbe ao Estado, fomentar o aumento da participação de atores de interesse, organizações da sociedade civil e até mesmo indivíduos, ou, de maneira inversa, aplicar sanções contra aqueles regulados que não colaborem com as regras de governança ambiental propostas (GUNNINGHAM, 2009).

O último pressuposto, por fim, se trata da possibilidade de o Estado promover o *enforcement* das suas regras por meio do controle que exerce sobre a regulação apresentada. Nessa dimensão da atuação regulatória, temos que o Estado efetivamente dispõe de mecanismos para reforçar a aplicação de sanções para assegurar o papel colaborativo desses colaboradores de governança em seus deveres (GUNNINGHAM, 2009).

PROPOSTAS DA TEORIA DA REGULAÇÃO INTELIGENTE PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

À luz desses pressupostos, muito se discute em relação à ressignificação do papel dos órgãos ambientais no exercício do controle no licenciamento ambiental, tanto em virtude de críticas a eventuais excessos quanto em razão de verdadeira falta de estrutura, sobretudo de pessoal, que acomete essas entidades.

Exemplo disso foi a aprovação do PL 3.729/2004, o qual, muito tempo depois de sua propositura, teve sua urgência (encaminhamento direto ao Plenário) votada em 01/07/2019 e a matéria de fundo aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 12/05/2021. Essa aprovação, contudo, não ficou

indene de críticas, principalmente de organizações da sociedade civil que estão vinculadas a pautas ambientais⁸.

De toda sorte, o escopo do presente trabalho parte de premissa diferente: entendemos por suficientes as atuais normativas, visto que elas atribuem discricionariedade ao Estado para exercer uma regulação mais responsiva. Para tanto, propõe-se uma mudança paradigmática da atuação dos órgãos ambientais, que resulta em cinco vias de atuação regulatória inteligente.

Licenciamento ambiental como procedimento de combinação de instrumentos regulatórios

Primeiramente, a teoria da regulação responsiva sugere a reconsideração das características essencialmente interventivas da licença ambiental, uma vez que o seu enfoque em comando em controle, por ser o instrumento mais interventivo sobre a esfera privada na mesma medida, impõe um maior ônus econômico aos cofres públicos (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998). Nesse ensejo, buscar-se-ia a combinação de características desse instituto com outras adotadas em políticas regulatórias menos intrusivas.

A primeira combinação que, segundo os autores, tem se mostrado como positiva em quase todos os casos se trata do estabelecimento de estratégias de informação entre os diferentes *players* do ambiente regulatório (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1999). Ou seja, constrói-se um ambiente no qual a comunicação entre o órgão ambiental e o empreendedor deixa de ocorrer apenas nos momentos de solicitação ou renovação de licença ou de pedido de complementação de documentos e passa a ser um fluxo contínuo de interação sobre as atividades promovidas e as expectativas de preservação ambiental desenvolvidas pela coletividade.

Por meio dessa medida, parte da preocupação dos críticos da natureza discricionária da licença ambiental se dissiparia, uma vez que o acompanhamento *pari passu* da regulação a ser implementada permitiria uma maior transparência na tomada de decisões contrárias ao interesse primário do empresário e evitaria a ideia de uma “sanção surpresa” contra o funcionamento do empreendimento.

8 A título de exemplo, mencionamos as seguintes matérias: SOCIOAMBIENTAL, Instituto. Câmara aprova texto principal de projeto que praticamente acaba com licenciamento ambiental. Instituto Socioambiental, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/camara-aprova-texto-principal-de-projeto-que-praticamente-acaba-com-licenciamento-ambiental>. Acesso em 01 de maio de 2022; e ANTUNES, André. PL 3729: O fim do licenciamento ambiental? EcoDebate. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2021/05/26/pl-3729-o-fim-do-licenciamento-ambiental/> Acesso em 30 de abril de 2022.

Mais uma combinação que há de ser avaliada pelo órgão ambiental é a de uma política de comando e controle em conjunto com a autorregulação regulada, ou a metarregulação, como será examinado de maneira mais aprofundada mais adiante. Nesse sistema, a adequação comportamental das empresas opera-se em dois níveis, como visto. No primeiro, a empresa ou uma entidade representativa elabora as normas e especificações ambientais a serem adimplidas e, em seguida, essas propostas são submetidas à deliberação do órgão ambiental para que as aprove e confira eficácia normativa, ou as devolve para que sejam reelaboradas.

Mais adiante, propõe-se uma combinação da licença com uma regulação mais voluntarista, na qual se objetiva estabelecer uma performance ambiental voluntariamente acima do simples cumprimento das especificações mínimas do órgão ambiental. Essa medida se mostra, na verdade, mais benéfica à regulação voluntarista do que, propriamente, à medida de comando e controle, porque esta pode estabelecer parâmetros mínimos de qualidade que aquela não poderá tornar obrigatório para todos os regulados.

Nisso, o órgão ambiental poderá se valer de instrumentos que premiam aquele regulado que possui desempenho para além dos patamares postos, em verdadeiros quadros normativos de “ganha-ganha”. O tópico também será explorado mais adiante neste trabalho, contudo, há certa complementação no uso combinado de ambos os instrumentos, uma vez que se aumenta a coercibilidade de medidas puramente voluntaristas enquanto se torna possível ao Poder Público direcionar o privado para soluções ambientais “ideais” e não apenas “ótimas” ou “sub-ótimas”.

Além dessas proposições, existem outras, tais como a combinação com autorregulação e incentivos pelo lado da oferta ao empreendedor ou atividade, que incluiriam incentivos fiscais ou condições mais favoráveis de financiamento. Contudo, por se tratar de matéria por demasiado complexa para análise no presente trabalho, principalmente em razão da necessidade de estipulação de normas para o primeiro e a realização de atividades em conjunto com outros setores do Estado, limitar-nos-emos a fazer menção à sua possibilidade.

Em conclusão, deve o órgão ambiental se valer de sua discricionariedade para, à luz do conteúdo complexo que envolve o licenciamento ambiental, elaborar estratégias do processamento dessas demandas a partir da combinação do atual desenho do instituto com outras formas de regulação. Essa medida permitirá que as principais desvantagens dessa e de das demais intervenções sejam compensadas, fornecendo, principalmente, soluções flexíveis e menos custosas ao regulador.

Combinação de regulação de comando e controle com a metarregulação

A segunda proposta se trata da possibilidade de abertura de diálogo entre o órgão ambiental e as associações de empresários do setor regulado ou da própria empresa que solicita a licença ambiental. Os pressupostos nos quais ela se baseia são: a preferência por medidas menos intervencionistas, o empoderamento de participantes que se encontram em melhor posição para atuar como “reguladores substitutos” e a maximização de oportunidades por resultados “ganha-ganha”.

Através do diálogo proposto, o ente coletivo desenvolverá uma série de padrões de qualidade, indicadores e medidas de mitigação específicos para aquele setor. Após, as regras serão submetidas a escrutínio do órgão ambiental para que sejam aprovadas, na forma da licença ambiental ou não.

Por meio desse procedimento, como visto na seção anterior, será possível ao Poder Público suprir, em parte, eventual déficit de pessoal especializado na matéria específica daquele setor, uma vez que não há dúvidas de que o corpo técnico do conjunto de exploradores da atividade econômica detém maior *expertise* para tratar do assunto.

Da mesma forma, há um substancial ganho regulatório no que se refere à especificidade das normas a ser produzidas, porque serão específicas para aquele setor, e há um incremento na legitimidade das normas em relação aos regulados, tendo em vista que a proposta partirá deles.

A legitimação desse procedimento pode ocorrer tanto em momento anterior ao efetivo início do licenciamento ambiental, como seria por meio da instauração de procedimento administrativo interno nos órgãos para atualizar as normas setoriais; como também no próprio processo administrativo no qual se requer a licença. O fundamento para tanto seria logo na primeira etapa, prevista no inciso I do art. 10 da Resolução CONAMA 237/1997, no qual o órgão ambiental define, com a participação do empreendedor, os documentos, projetos e estudos ambientais a ser exigidos para a instrução do processo.

Em que pese a redação predominantemente procedimentalista do referido dispositivo, tem-se no momento inicial do licenciamento ambiental a oportunidade ideal para a possibilidade de – no seu poder discricionário – o órgão ambiental solicitar proposta de normas de otimização ambiental pelo empreendedor. Isso, porque a confecção das normas pelo regulado em momento anterior à realização dos estudos ambientais permitirá o estabelecimento de parâmetros mais objetivos para a sua realização, tendo os elaboradores dos estudos mecanismos específicos do setor para se analisar as possibilidades de projeto do empreendimento.

Além disso, a submissão das normas ao controle prévio do órgão ambiental permitirá que o Poder Público exerça um controle direto sobre as especificações da obra ou atividade a ser desenvolvida, exercendo poder de veto sobre medidas que, a seu ver, possam ser menos protetivas ao meio ambiente. Essa avaliação poderá ser feita junto à sociedade civil, enquanto elemento informador e legitimador da regulação estatal.

Deve-se atentar, contudo, que a combinação desses instrumentos não nega a preponderância da gerência estatal sobre a regulação ambiental, uma vez que remanesce o seu poder de rejeição às normas geradas, bem como a possibilidade de, frustrado o procedimento de metarregulação, a solução estatal adequada ser um instrumento de comando e controle.

Incentivo ao protagonismo de terceiros

A terceira mudança é o incentivo estatal à participação de terceiros no processo regulatório, na forma de *quasi* reguladores. Essa proposta, para além da corrente discussão sobre ampliação da legitimação democrática da regulação por meio da participação popular, contempla a possibilidade de outros agentes, que não o Poder Público ou o empreendedor, participarem do licenciamento ambiental.

Deve-se valorizar o papel ativo de organizações da sociedade civil sobre as condições ambientais para além da sua participação em audiências públicas e no atendimento a denúncias de descumprimento das medidas de mitigação do impacto ambiental. Para tanto, propõe-se a extensão da sua atuação sob duas dimensões distintas: o desenvolvimento, por terceiros, de um sistema regulatório que se comunica com o estatal, e o seu auxílio na implementação das sanções estipuladas pelo Poder Público.

Embora pareça, à primeira vista, que tal medida seria a redução do poder de polícia estatal, ela se mostra como opção acertada na medida em que esses terceiros costumam dispor de maior liberdade e especialização para tratar de assuntos de interesse do Estado. Além disso, no contexto da sociedade globalizada, a adoção de parâmetros comuns entre diferentes jurisdições contribui, em muito, para o fortalecimento de relações comerciais.

No primeiro exemplo, pode-se citar como forma de diálogo entre a regulação ambiental e terceiros a adoção de certificações privadas como parâmetro para a concessão do ato administrativo e/ou estabelecimento da atuação do Poder Público em relação à empresa regulada. Os assim denominados selos verdes seriam certificações elaboradas por agentes privados que resultariam de uma avaliação técnica especializada em relação ao ciclo de determinada atividade (ANDREOLI, SUELEN, *et al.*, 2021). Alguns exemplos

desses selos verdes são o “Certificado Rainforest” e o “Forest Stewardship Council (FSC)”, certificações internacionais que são concedidas para empresas que logram cumprir rigorosos padrões de adequação ambiental, social e econômica.

Por representar um diferencial ambiental em relação aos demais, os produtos certificados podem contar com uma presunção relativa, pelo Poder Público, de que atendem a padrões de excelência com relação ao aspecto ambiental. Nesse ensejo, é cabível a promoção de um licenciamento menos burocrático, como seria o caso da inclusão das avaliações da certificação nos estudos ambientais requeridos.

Seria também o caso, quando da estipulação das condicionantes, a preferência, pelo órgão ambiental, por respostas mais persuasivas do que propriamente sancionatórias. A medida, embora simples sob o ponto de vista procedimental, poderá permitir que os empreendimentos com boa reputação e que, reconhecidamente, tenham boa conduta ambiental recebam incentivos positivos em cooperar com regras ambientais mais estritas.

Da mesma forma, é possível ao Poder Público se valer de terceiros diretamente interessados e representativos do interesse coletivo, para auxiliar na imposição de sanções mais leves para os regulados que descumprirem, reiteradamente, as condicionantes da licença, como a amplificação da divulgação de sanções de advertência e o compartilhamento de informações do cadastro de empresas inadimplentes para com suas obrigações ambientais.

Por fim, sustenta-se a ideia de atuação integrativa dos órgãos ambientais com terceiros consiste no intercâmbio frequente de informações relativos ao cumprimento das condicionantes ambientais e, de maneira mais ampla, ao desenvolvimento ambiental de áreas integradas. À semelhança dos diversos instrumentos de cooperação entre os entes federativos previstos no art. 4º da Lei Complementar 140/2011, mostra-se recomendável a promoção de fóruns permanentes de interação e cooperação com entidades que podem auxiliar na atuação regulatória e instrumentos de colaboração com o terceiro setor.

Exploração das condicionantes de concessão e/ou revogação da licença

Outra proposição da teoria da regulação inteligente consiste em um uso mais enfático e estratégico das condicionantes de concessão da licença ambiental. Essas condicionantes são previstas, de maneira geral, como elementos necessários para a concessão da licença prévia e da de instalação, e são aqueles que permitem a revisão da licença quando concedida, conforme o previsto, respectivamente, no art. 8º e no inciso I do art. 19 da Resolução

CONAMA 237/1997. Há, ainda, especificamente para os empreendimentos que demandam EIA, a previsão do at. 6º, III, da Resolução CONAMA n.º 1/1986.

Por meio do seu poder discricionário, pode o órgão ambiental atuar de três formas distintas quando da formulação das condicionantes. Em primeiro lugar, pode lhe ser possível condicionar a licença ambiental ao fornecimento periódico das informações do impacto ambiental da atividade, permitindo o acompanhamento *pari passu* do empreendimento. Seria o caso, por exemplo, de informar periodicamente às autoridades ambientais sobre qual a destinação dos resíduos sólidos de uma construção de grande impacto.

Em segundo lugar, recomenda-se a estipulação de uma estrutura normativa escalonada de possíveis infrações a ser eventualmente cometidas pelo empreendedor e a suas consequentes sanções. Seria, por exemplo, o caso de se prever o estabelecimento de multa ou uma medida de mitigação específica para atos ilícitos menos graves, como meras irregularidades na apresentação da documentação ou situações de reduzido impacto ambiental que seriam resultado de condutas de boa-fé.

Por fim, também seria possível ao órgão ambiental explorar, nas condicionantes de deferimento da licença, a possibilidade de concessão de prazo para a retificação de menores irregularidades identificadas pelos estudos ambientais, sendo exemplo o caso de se conceder a licença por determinado período, findo o qual ela apenas poderá ter validade caso sejam retificados os problemas apontados pelo EIA.

Esses três eixos de atuação buscam, a um só tempo, elevar a carga de responsabilidade do sistema, ao se chamar os regulados para uma participação que não seja apenas pontual, no momento do pedido da licença ou de sua renovação, e, ainda, consolidar a percepção do órgão ambiental como uma entidade disposta a antes persuadir do que punir.

A estipulação de um regime de sanções menos gravosas que a suspensão ou o cancelamento da licença, para aquelas hipóteses nas quais o descumprimento do estipulado não se mostra tão gravoso, sobressai como uma medida que concretizará a pirâmide sancionatória proposta por Ayres e Braithwaite, uma vez que será possível escalonar as punições aos infratores desde a simples advertência até o ponto em que se retira do mercado aquele infrator mais contumaz, por meio do cancelamento da licença ambiental.

Assim, será possível alinhar, de antemão, as expectativas em torno da atividade ou empreendimento, sem que isso se torne um procedimento burocrático promovido *ex post facto*. Ciente das condições específicas da concessão e validade da licença, o empreendedor terá segurança jurídica para agir sem o receio de ter sua licença suspensa ou revogada sob qualquer hipótese de infração.

Da mesma forma, a Administração Pública ganha em ter uma regulamentação mais específica, direcionada a um agente que com ela concordou, enquanto evita a instauração de procedimento administrativo *ex post facto*, quando o dano ambiental já ocorrerá. Facilita-se, ainda, uma imposição de sanções mais eficientes, pois a sanção máxima de cancelamento da licença pode ser, por vezes, mais danosa que eventuais outras que possam estar previstas.

Estipulação de metas de melhoria a longo prazo

Por fim, traz-se o desenho de uma proposta regulatória em termos de “ganha-ganha”, na qual o Poder Público, ao optar por uma situação sub-ótima, em que a solução ambientalmente mais eficiente não se mostra adequada, poderá condicionar a renovação da licença, ou até mesmo a sua duração à realização gradual de melhorias que aproximem o empreendimento da solução ideal. No outro vértice, o empreendedor também se posiciona em situação favorável, por poder iniciar ou seguir seu empreendimento de forma lícita.

O fundamento normativo consta no art. 12, §3º, da Resolução CONAMA 237/1997⁹, o qual prevê a obrigatoriedade de se estabelecer procedimentos simplificados para as atividades que implementem planos de programas voluntários de gestão ambiental, voltados à melhoria do desempenho ambiental.

Esse seria o caso, por exemplo, da estipulação de um prazo menor para a validade da licença ambiental quando os estudos ambientais apontarem que a implementação de todas medidas de mitigação dos danos, pelo empreendedor, possui elevado valor ao empreendedor. Nesse caso, em que pesem os danos ambientais a ser eventualmente arcados por conta da instalação de empreendimento com tecnologia rudimentar, temos que o seu período seria menor do que o usualmente concedido, mas seria um prazo razoável para o investimento em tecnologias mais sustentáveis.

Outro exemplo disso seria o mencionado entrelaçamento da licença ambiental a padrões de qualidade internacionais, desenvolvidos por entidades não-estatais e que estão submetidos a constantes aprimoramentos. A partir de estudos no interesse do órgão ambiental, setorizados, seria possível estipular dois paradigmas de qualidade ambiental: o nível ótimo, mínimo exigido pela

⁹ Na íntegra:

Art. 12 [...] § 3º - Deverão ser estabelecidos critérios para agilizar e simplificar os procedimentos de licenciamento ambiental das atividades e empreendimentos que implementem planos e programas voluntários de gestão ambiental, visando a melhoria contínua e o aprimoramento do desempenho ambiental.

política ambiental para o desenvolvimento sustentável, e o nível ideal, patamar a ser alcançado pelas melhores práticas ambientais.

Nesse contexto, segundo a mesma lógica do exemplo anterior, haveria certa sorte de “prêmio” a ser concedido ao empreendedor que alcançasse padrões de qualidade superiores aos exigidos. Esse seria o caso de uma licença mais duradoura ou até mesmo – dentro da proposta anteriormente citada – a estipulação de condicionantes da licença menos rigorosas, desde que a atividade ou empreendimento esteja fielmente atrelada aos padrões em questão.

CONCLUSÃO

Como conclusão, tem-se por inegável a importância do licenciamento ambiental como política regulatória voltada para a proteção do meio ambiente em face de atividades que causem impacto ambiental. Nesse contexto, o conjunto de normas da matéria adota o modelo dessa regulação como uma ferramenta de comando e controle, em que o Estado possui inegável protagonismo.

O quadro, contudo, se mostra, de certa forma, arcaico face aos avanços da tecnologia e às peculiaridades do Direito Ambiental, que age de maneira mais precavida em relação aos outros ramos do Direito. Em razão disso, a doutrina se divide em relação ao poder discricionário da Administração Ambiental na concessão ou não da licença.

Para parte dos doutrinadores, trata-se de um ato vinculado, que reconhece um direito pré-existente à construção ou expansão dessas atividades, quando cumpridos os requisitos legais. Defendem, ainda, que o órgão ambiental não pode se opor às conclusões do estudo ambiental e, tampouco, pode revisar a licença quando esta for concedida, salvo nos casos expressamente previstos nas normas cabíveis.

Para outra vertente, à qual o presente trabalho se vincula, a licença ambiental é um ato discricionário, tendo em vista que as normas regentes da matéria foram elaboradas de maneira ampla, num contexto de singular complexidade. Com efeito, não haveria um direito à expansão ou construção de atividades econômicas, devendo a análise de seus efeitos ambientais ser realizada de maneira detalhada pelo órgão ambiental responsável. Além disso, é possível que o Poder Público, em razão dos interesses envolvidos, possa negar motivadamente a licença ou estipular condicionantes específicas para determinado empreendimento ter sua licença concedida ou renovada.

Sob essa nova perspectiva, introduz-se a teoria da regulação responsiva, que busca transcender a simples questão entre regular e desregular, inserindo o regulador como um agente que entende a persuasão como uma das estratégias de conformação do comportamento do regulado. Nessa corrente,

propõem-se pirâmides de escalonamento de políticas regulatórias das menos intrusivas para as mais, e a gradação das sanções aplicadas contra as empresas que descumprem as normas delineadas.

Partindo dessas reflexões, Neil Gunningham propõe a teoria da regulação inteligente, a qual incorpora a possibilidade de combinação de mecanismos de regulação e o empoderamento de terceiros que possam influir ao longo do processo regulatório.

Tendo em vista a teoria proposta, aponta-se para uma readequação do uso do licenciamento ambiental pelos órgãos reguladores, a partir de cinco eixos principais: (i) a combinação de diferentes instrumentos regulatórios com a regulação de comando e controle originariamente predominante na licença ambiental; (ii) o uso de estratégias de metarregulação em conjunto com a licença ambiental, permitindo a edição de normas mais específicas e potencialmente mais vinculantes; (iii) o fomento à integração de terceiros no processo regulatório, principalmente os que podem atuar como *quasi* reguladores; (iv) a exploração mais aprofundada das condicionantes de concessão ou revisão da licença ambiental; e (v) o estímulo à estipulação de metas de longo prazo, perfazendo estratégia regulatória de “ganha-ganha”.

Em que pese o caráter essencialmente propositivo do presente trabalho, nota-se a necessidade urgente de atualização da forma de intervenção dos órgãos ambientais sobre atividades potencialmente poluentes. Isso, porque, no contexto de restrição orçamentária e de premente necessidade de recuperação econômica e ambiental, faz-se necessária uma atuação mais eficiente da regulação ambiental. Por meio das propostas apresentadas, busca-se, efetivamente, fazer mais com menos, salvaguardando a precípua finalidade de preservação ambiental que informa a licença ora tratada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREOLI, T. P. et al. Influência dos Selos Verdes no Comportamento do Consumidor. **Consumer Behavior Review**, 5, n. 1, Janeiro 2021. 128-139.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 5. ed. Londres: Laccademia, 2019.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Orford University Press, 1992.
- BIM, E. F. **Licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, 34, n. 5, 2006. 884-898.

- BRAITHWAITE, J.; GRABOSKY, P. **Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies**. Melbourne: Oxford University Press/Australian Institute of Criminology, 1986. 27-54 p.
- BRAITHWAITE, J.; HEALY, J.; DWAN, K. **The Governance of Health Safety and Quality**. [S.l.]. 2005.
- BURGEL, C. F.; DANIELLI, G. D. S.; SOUZA, D. R. Discricionariedade administrativa e licença ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, 7, n. 2, 2017. 265-304.
- FARIAS, T. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- FILHO, M. A. M. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, 6, n. 1, Maio 2020. 144-163.
- FINK, D. R. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GUNNINGHAM, N. Environmental Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures. **Journal of Environmental Law**, 21, 2009. 179-212.
- GUNNINGHAM, N. The New Collaborative Environmental Governance: The Localization of Regulation. **Journal of Law and Society**, 36, n. 1, 2009. 145-166.
- GUNNINGHAM, N. Enforcing Environmental Regulation. **Journal of Environmental Law**, 23, n. 2, Julho 2011. 169-201.
- GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy**. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- GUNNINGHAM, N.; SINCLAIR, D. **Designing Smart Regulation**. Paris: Organisation of Economic Co-operation and Development, 1998.
- GUNNINGHAM, N.; SINCLAIR, D. Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection. **Law & Policy**, Oxford, 21, n. 1, Janeiro 1999. 49-76.
- GUNNINGHAM, N. **Designing Smart Regulation**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998.
- LOPES, O. D. A. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MILARÉ, É. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOURA, E. A. D. C.; BRAGANÇA, V. B. R. D. A revisibilidade da concessão de licença ambiental à luz da controvérsia da discricionariedade administrativa dos atos ambientais. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, X, 2019. 1-20.

OMENA, A. C. C. S. D. **Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no licenciamento ambiental: uma análise da discricionariedade técnica no ordenamento jurídico brasileiro**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

NORMAS E JULGADOS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 5 out 1988.

_____. Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008. Brasília. DOU 23/07/2008.

_____. Lei Complementar n.º 140, de 8 de dezembro de 2011. Brasília. DOU 09/12/2011.

_____. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília. DOU 13/02/1998.

_____. Resolução CONAMA n.º 1, de 23 de janeiro de 1986. Brasília. DOU 17/02/1986.

_____. Resolução CONAMA n.º 9, de 03 de dezembro de 1987. Brasília. DOU 05/07/1990.

_____. Resolução CONAMA n.º 237, de 19 de dezembro de 1997. Brasília. DOU 22/12/1997.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>