

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho, Livia Gaigher Bosio Campello, Maria Claudia da Silva Antunes De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-153-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Ambiental.
3. Socioambientalismo. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO II

Apresentação

A pesquisa apresentada no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília – UnB, em Brasília – Distrito Federal, e agora apresentada nesta coletânea traduzem, em toda sua complexidade, os principais questionamentos do Direito Ambiental na atualidade. São frutos de pesquisas feitas em Universidades e Centros de Pesquisas de todo o país, que trazem a enriquecedora diversidade das preocupações com o Meio Ambiente. Em comum, esses artigos guardam o rigor da pesquisa e o cuidado nas análises, que tiveram como objeto o Meio Ambiente na pós-modernidade, abrangendo a gestão dos riscos na sociedade hodierna, as políticas públicas e seus instrumentos de implementação.

O artigo intitulado “Avaliação Ambiental Estratégica no planejamento da gestão de recursos hídricos: uma necessidade para o equilíbrio do meio ambiente”, das autoras Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Hilariane Teixeira Guilardi, traz a discussão da implantação do instituto da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) que contribui para a perspectiva da sustentabilidade em todo o cenário mundial, de maneira que haja investimentos expressivos no Brasil e no mundo para que se tenha a sua função efetiva. Discute ainda, a importância da água como elemento fundamental à sobrevivência de todos os organismos vivos do planeta.

Adiante, o artigo intitulado “Princípio da Vedação do Retrocesso e vegetação primária do bioma mata atlântica” pesquisado por Marcelo Kokke Gomes, aborda a construção do significado e a aplicação do princípio da vedação do retrocesso estão imersos em um constante cenário de confrontações e conflitos intrageracionais e intergeracionais, demandando a fixação de sentidos e posições no quadro de direitos fundamentais e da conformação da figura do Estado em face de demandas ecológicas.

Em sequência, o artigo com o título “Princípio do Poluidor Pagador como orientador de medidas tributárias de preservação do meio ambiente” com autoria de Ana Paula Basso e Dostoevsky Ernesto de Melo Andrade, analisa a imputação dos custos ambientais aos seus responsáveis, os impactos ambientais diminuiriam, e essa é a pretensão da tributação ambiental. Concretizando o princípio do poluidor pagador como um estímulo econômico para a busca do equilíbrio ecológico.

Por avanço, o artigo de Ana Lucia Brunetta Cardoso tem por título: “o esgotamento dos recursos naturais: poluição e a responsabilidade das empresas e da sociedade na sobrevivência dos recursos naturais”. Neste diapasão, importa entender o dano ambiental e sua responsabilidade civil tem sido um tema bastante debatido em níveis globais onde as mais diversas opiniões se conflitam tem torno deste. Se as consequências prejudicarem terceiros causando lesão aos recursos ambientais com consequente degradação, haverá a responsabilidade de reparar ou ressarcir os danos causados, ou seja, é um dever jurídico daquele que causa danos a terceiro.

À frente, com o título “o necessário esverdeamento do mandado de segurança coletivo: um instrumento imprescindível para a defesa do meio ambiente” escrito por Carlos Eduardo Silva e Souza e Cintya Leocadio Dias Cunha, que traz um análise da possibilidade da utilização do mandado de segurança coletivo como instrumento processual para defesa do meio ambiente para que este se mantenha ou viabilize na porção ecologicamente equilibrada.

Prosseguindo, o artigo intitulado: “povos e territórios tradicionais no Brasil sob a perspectiva dos direitos da sociobiodiversidade” de autoria de Matheus Silva De Gregori e Luiz Ernani Bonesso de Araujo, investiga a problemática territorial que envolve os povos tradicionais no Brasil, abordando fundamentos dos direitos étnicos e culturais da sociobiodiversidade, no sentido de garantir o espaço de reprodução social dessas comunidades.

Por nova análise, o artigo científico intitulado “Direito Fundamental ao Meio Ambiente: para além do paradigma constitucional” escrito por Leonardo Lessa Prado Nascimento e Roberto Wagner Xavier de Souza, demonstra a relevância dos valores e do patrimônio imaterial expresso através da natureza, este estudo destaca as demandas da modernidade e como o Direito tende a abarcar as consequências advindas da modernidade, cotejando a ideia de risco.

Em sequência, o artigo científico com título “Gestão Ambiental pública: a regulação do saneamento ambiental como forma de proteção ao meio ambiente” de autoria de Grazielly Dos Anjos Fontes , Karolina Dos Anjos Fontes, esclarece o modelo de regulação do saneamento ambiental, enquanto mecanismo de proteção dos recursos hídricos. A proteção dos recursos hídricos enseja diretamente na proteção e promoção de outros direitos tais como desenvolvimento ambiental, social e econômico. A água encontra-se protegida pela Constituição Federal de 1988. O ordenamento jurídico brasileiro possui instrumentos legais para impedir a poluição e má utilização das águas e seu ambiente flora e fauna, através de sanções para as infrações, além de mecanismos para apuração da responsabilidade civil pelas perdas e danos causados ao meio ambiente e ao patrimônio público e privado.

Alexandre Ricardo Machado e Edson Ricardo Saleme apresentam o artigo denominado Patrimônio cultural subaquático no licenciamento ambiental para exploração de petróleo, para enfrentar o problema da degradação do patrimônio cultural subaquático no processo de exploração e produção de petróleo. A partir da análise da legislação nacional e dos dispositivos internacionais de tutela do patrimônio cultural, em especial o subaquático. os autores concluem que esse tipo de atividade exige estudos de impactos ambientais e licenças ambientais que assegurem a prevenção e a mitigação de possíveis danos ambientais.

A artigo “o cadastro ambiental rural como instrumento de combate ao desmatamento nos assentamentos rurais da Amazônia”, de autoria de Dandara Viégas Dantas e Marcelo Pires Soares, procura demonstrar como Cadastro Ambiental Rural (CAR) pode, através de monitoramento e fiscalização, fixar o homem na floresta, evitando o comércio ilegal e o loteamento das terras, contribuindo assim para o controle do desmatamento nos assentamentos rurais na Amazônia.

A partir de um estudo de caso, José Adércio Leite Sampaio e Thiago Loures Machado Moura Monteiro, em artigo denominado “Mineração em serras tombadas”, analisam a possibilidade de tombamento que impeça as atividades de mineração, sempre que os interesses econômicos do minerador - fundados nos princípios da segurança jurídica, livre iniciativa e direito de propriedade - estejam em conflito com o interesse coletivo e jusfundamental de proteção do patrimônio cultural.

Elany Almeida de Souza, apresenta o artigo “Direitos da sociobiodiversidade - uma epistemologia para compreender a América Latina”, que procura analisar o Direito sob a ótica da sociobiodiversidade. A autora enfrenta controvérsia entre o saber tradicional e o científico, concluindo que a rejeição do saber tradicional pelo conhecimento científico, enseja um profundo desrespeito à diversidade cultural e ao pensamento popular. Assim, a autora postula uma redefinição do Direito a partir da sociobiodiversidade do meio ambiente natural da América Latina.

O artigo “A função socioambiental da propriedade: uma análise histórico-jurídica da responsabilidade do proprietário”, de Gabriella de Castro Vieira e Élcio Nacur Rezende, analisa, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a evolução do Direito de Propriedade sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e a efetivação da função socioambiental da propriedade.

A seguir, encontramos o artigo denominado “A inconsistência jurídica e institucional das áreas de proteção ambiental: o caso da APA das águas vertentes” , de Daniella Eloí De Souza

e Walter Veloso Dutra, que analisa, a partir de um estudo de caso, o processo de implementação de uma Área de Proteção Ambiental (APA). O artigo apresenta uma visão geral do Sistema Nacional de Unidades de Conservação para refletir sobre a contribuição das APAs para a manutenção de um meio ambiente sadio e equilibrado.

Por seu turno, o artigo “A globalização e o acesso equitativo do uso de recursos naturais na contemporaneidade: um diagnóstico sob o viés do princípio da equidade intergeracional” de Luís Marcelo Mendes e Jerônimo Siqueira Tybusch analisa, a partir do princípio da equidade intergeracional, a globalização e o processo de mercantilização/depredação dos recursos naturais visando atender aos interesses do Mercado. Desse modo, a pesquisa visa encontrar mecanismo jurídicos que possam coibir o processo de degradação ecológica decorrente do consumo global acelerado.

Daiana Felix de Oliveira, em “A garantia da sustentabilidade ambiental ante a preservação do bioma da caatinga como instrumento propulsor ao desenvolvimento sustentável” analisa a sustentabilidade ambiental a partir dos Objetivos do Milênio (ODM) e dos parâmetros estabelecidos pela Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. O artigo analisa o bioma da Caatinga, elencando os valores que expressam a proteção e a promoção de um meio ambiente sadio e equilibrado.

Em “A efetivação do pagamento por serviços ambientais enquanto política de sustentabilidade, Guilherme Vitor de Gonzaga Camilo abordam a metodologia de aplicação do pagamento por serviços ambientais, fazendo uma ponte com os objetivos do desenvolvimento sustentável estabelecidos no âmbito das Nações Unidas no ano passado. Aproveita para tecer uma importante análise sobre o princípio do protetor recebedor no contexto do pagamento por serviços ambientais.

Por sua vez, Moises Seixas Nunes Filho e Kátia Cristina Cruz Santos apresentam “A educação ambiental e o princípio da participação como instrumentos de conscientização da sociedade para os riscos da proliferação da dengue, chikungunya e zika vírus”, analisando os desafios impostos à sociedade brasileira sobre esse grave problema para a saúde humana. Abordam com clareza os elementos necessários para educação ambiental aproximando-os com os valores e atitudes emergentes da nossa sociedade.

No texto “A discricionariedade do poder público para a definição de medidas compensatórias ambientais nos procedimentos de licenciamento ambiental federal”, os autores Dioclides José Maria e Jhenne Celly Pimentel de Brito incorporam com competência intelectual os conceitos jurídico-administrativos para analisar a faculdade do poder público na definição de

importantes medidas de compensação ambiental nos procedimentos de licenciamento em âmbito federal.

As autoras, Cristiane Penning Pauli de Menezes e Isabel Christine Silva De Gregori em texto intitulado “Revisitando o conceito de bens socioambientais: a ampliação do patrimônio cultural para inclusão dos grafismos urbanos no rol protecionista” trabalham a questão da preservação do patrimônio cultural com base na legislação nacional em vigor. Importante destacar a percepção das autoras em sua compreensão do que representam os grafismos para o rol de bens culturais em alusão à noção de identidade e memória de determinados grupos sociais.

Em “A constitucionalidade da exploração dos recursos naturais em terras indígenas”, Julianne Holder Da Câmara Silva Feijó, aborda a questão indígena e as delicadas problemáticas da posse das terras tradicionais e o usufruto exclusivo dos recursos naturais. A autora traz importante reflexão sobre os interesses econômicos e políticos do País que permeiam a questão, além de explicitar as normas constitucionais que regulam a grave situação. Com efeito, analisa a inconstitucionalidade de determinados empreendimentos, executados à margem das condicionantes ambientais, em terras indígenas.

“A destinação final dos nanomateriais: o princípio da precaução como fundamento para a normatização das nanotecnologias e seus resíduos finais” é abordada por Wilson Engelmann e Daniele Weber da Silva no contexto da pós-modernidade e dos riscos das inovações científicas anunciados por Ulrich Beck. A pesquisa se centra na pergunta “Sob quais condições protocolos expedidos, como da OECD, são suficientes para regular a destinação destes resíduos em nanoescala?” E apresenta as respostas em consonância com os fundamentos teóricos do Direito Ambiental Contemporâneo.

Os autores Lennon Giovanni Gonçalves Ferreira , Romeu Faria Thomé da Silva versam sobre “A busca pela efetividade do princípio da participação nos casos de mineração em terras indígenas” indagam se “seria possível, sob a perspectiva jurídica, a exploração minerária em territórios indígenas? Quais os requisitos necessários, especialmente em relação à participação popular indígena?”. Sem embargo, analisam os projetos de regulação da matéria no âmbito do Congresso Nacional brasileiro e a necessidade de aperfeiçoamento de tais instrumentos levando-se em conta a maior participação da sociedade no processo de tomada de decisão.

Na sequência, Patricia Sarmiento Rolim apresenta seu estudo intitulado “Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural na lei dos crimes ambientais” fazendo uma

revisão bibliográfica e doutrinária dos principais aspectos das normas punitivas em face dos delitos contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, ressaltando a sua ampla compreensão do conceito de meio ambiente, não apenas à natureza, como também ao ordenamento urbano, ao patrimônio cultural, artístico, arqueológico e paisagístico.

Em “O direito ambiental do trabalho: princípios e afirmação de uma disciplina jurídica, os autores Sandro Nahmias Melo e Iza Amélia de Castro Albuquerque demonstram a marca interdisciplinar do direito ambiental enfatizando a necessidade de interação entre vários aspectos para o tratamento adequado das questões. Apresentam uma compreensão integral do meio ambiente e discutem as bases principiológicas da disciplina do direito ambiental do trabalho como fonte e paradigma para análise e proteção jurídica da saúde do trabalhador.

Diante de todos os trabalhos apresentados e neste volume publicados, os quais apresentam diferentes e profundas abordagens teóricas, normativas e até empíricas, gostaríamos de agradecer aos autores e autoras pela imensa contribuição científica ao desenvolvimento das discussões sobre Direito Ambiental e Socioambientalismo. A obra que ora apresentamos certamente servirá de instrumento para futuras reflexões e quiçá para o efetivo avanço na tutela do meio ambiente, tão primordial para a satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações.

Prof^a. Dr^a. Livia Gaigher Bosio Campello

Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direitos Humanos

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS

Prof^a. Dr^a. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Vice-Coordenadora do Curso de Mestrado do PPCJ

Professora da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/ SC

Prof. Dr. Heron Gordilho

Professor da Universidade Federal da Bahia - UFBA

Coordenadores

A DISCRICIONARIEDADE DO PODER PÚBLICO PARA A DEFINIÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS AMBIENTAIS NOS PROCEDIMENTOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL FEDERAL

THE PUBLIC DISCRETIONARY TO DEFINE ENVIRONMENTAL COMPENSATORY MEASURES IN FEDERAL ENVIRONMENTAL LICENSING PROCEDURES

Dioclides José Maria ¹
Jhenne Celly Pimentel de Brito ²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo oferecer subsídios para a reflexão sobre a discricionariedade do poder público na definição de medidas compensatórias ambientais nos procedimentos de licenciamento ambiental federal. Aborda a concepção de conceitos próprios do direito administrativo, como discricionariedade do poder público, considerando o ato vinculado, conveniência e oportunidade, desvio de poder, bem como a teoria dos motivos determinantes. Abrange a concepção de medidas mitigadoras, compensatórias e condicionantes do licenciamento ambiental, além da previsão de participação de outros entes da administração pública federal no licenciamento de acordo com a portaria interministerial nº 60, de 24.03.2015.

Palavras-chave: Compensação ambiental, Medidas mitigadoras, Licenciamento

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to offer subsidy for reflection on the discretion of the government in the definition of environmental compensatory measures in the federal environmental licensing procedures. Discusses the concepts of administrative law such as the discretion of the government, considering the linked act, convenience and opportunity of power misuse, as well as the theory of the decisive reasons. Covers the analysis of mitigation and compensatory measures, conditions of the environmental permit and the participation of other entities of the public administration on the licensing procedure according to the ministerial decree 60 of 03.24.2015.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Environmental compensation, Mitigating measures, Licensing

¹ Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado.

² Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A supremacia da Constituição, a separação dos poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais e coletivos são fundamentos e também limitadores da atividade do Estado.

O poder político pode ser dividido em funções legiferante (Poder Legislativo), administrativa (Poder Executivo) e jurisdicional (Judiciário), em uma convivência harmônica mediante controles recíprocos, conforme disposto no artigo 2º da Constituição Federal de 1.988.

Na função administrativa, ou função executiva, o Estado é visto como prestador de serviços necessários à ordem, segurança e bem-estar a partir de uma criação legislativa, assegurada coercitivamente pela função jurisdicional.

Os poderes administrativos dividem-se em: poder discricionário, poder regulamentar e poder de polícia.

O presente estudo ater-se-á ao poder discionário do poder público exercido dentro dos limites da lei. Nessa linha, o ato administrativo não pode inovar na ordem jurídica como se lei o fosse devendo-se limitar à aplicação concreta da lei, conforme princípio da legalidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Mesmo diante dessa moldura de legalidade, é permitido ao administrador público escolher a melhor dentre várias soluções disponíveis no momento de realizar o ato administrativo, hipótese em que deverá decidir segundo o caso concreto e sem se desvincular do princípio da legalidade, o que se convencionou chamar de margem de discricionariedade.

No licenciamento ambiental existe margem aos juízos de valor do administrador, por se tratar de instituto que detém conceitos jurídicos indeterminados — comumente vinculado ao conhecimento das ciências, como a biologia, geologia, química, engenharia, dentre outras.

Para aquelas atividades causadoras de significativo impacto ambiental, os complexos e multidisciplinares estudos ambientais apontam diretrizes e sugestões de formas de não ocorrência ou minimização de impactos negativos, cabendo ao órgão licenciador a determinação das condições de efetivação do empreendimento quando da concessão da licença ambiental.

O procedimento de licenciamento, enquanto conjunto de estudos que abrangem várias situações e implicações jurídicas, de fato desafia diversas saídas e contramedidas cabíveis para tentar mitigar os impactos ambientais e principalmente para definir as medidas compensatórias cabíveis, que diante da margem de discricionariedade atribuída ao Poder Público, nem sempre é efetivada em vinculação ao local dos impactos.

Busca-se com o presente trabalho analisar eventuais limites à margem de discricionariedade do poder público no momento de definir as medidas compensatórias de impactos não mitigáveis para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente em licenciamento ambiental federal.

Para tanto, adotou-se método dedutivo científico, com ampla pesquisa bibliográfica e legislativa em que foram analisadas as disposições contidas no art. 225, § 4º da Constituição Federal de 1.988; art. 10, da Lei n. 6938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, com a nova redação atribuída pela Lei Complementar n. 140, de 2011, que fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em matéria de proteção da paisagem, meio ambiente e combate à poluição em todas as suas formas; Resolução CONAMA n. 237, de 2007 que dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental; art. 36 da Lei n. 9.985, de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, juntamente com o art. 31 e seguintes do Decreto n. 4.340, de 2002, que dispõe sobre o SNUC; e a Portaria Interministerial n. 60, de 24.03.2015, que estabelece procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, marco referencial do presente estudo.

Como marco teórico adotou-se a teoria do desvio de poder, ou de finalidade, que ocorre quando a atividade discricionária exercida pela autoridade resulta em um ato para atingir fim diverso daquele fixado em lei; e a teoria dos motivos determinantes que exige veracidade dos motivos indicados pela Administração para prática do ato.

Como considerações finais dos resultados obtidos pela pesquisa, procurou-se apresentar ao leitor ser possível limitar, em razão do local dos impactos não mitigáveis, a discricionariedade do Poder Público no momento de decidir as medidas compensatórias pelo empreendedor nos processos de licenciamento ambiental de Competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

2 DISCRICIONARIEDADE DO PODER PÚBLICO

As funções públicas exercidas pela Administração são permeadas por poderes que buscam assegurar a prevalência do interesse público sobre o particular.

Essa relação entre o particular administrado e a Administração tem como premissa prevalente o princípio da legalidade: “Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 19).

A legalidade enquanto princípio é corolário do Estado de Direito e legitimadora do próprio ato administrativo na relação entre administrado e Administrador:

O princípio “*implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.*” Na clássica e feliz comparação de HELLY LOPES MEIRELLES, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde autoriza. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 20)

Esse quadro de legalidade que norteia a atuação pública não fornece ao administrador soluções para todos os casos concretos, devendo ser assegurada certa autonomia para promover escolhas, especialmente diante do caso concreto. Segundo o autor:

A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. (CARVALHO FILHO, 2012, 49)

A liberdade do administrador na busca da solução mais adequada não implica necessariamente relativizar o princípio da legalidade, segundo explica o autor:

A prevalência do princípio da legalidade não exclui o cabimento da discricionariedade. A afirmação de um Estado Democrático de Direito e a própria existência do direito administrativo conduzem à adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 222).

Destaca-se o denominado poder discricionário da Administração, em que existe uma maior liberdade para a prática dos atos administrativos, sendo permitido ao executor um juízo de oportunidade e conveniência (também denominado de mérito do ato). Segundo o autor:

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir

segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 223)

Para melhor compreensão dessa discricionariedade que a lei assegura ao administrador público, torna-se necessário tecer breves considerações sobre o que seja ato vinculado, conveniência e oportunidade.

2.1 Ato vinculado e ato discricionário

Ato vinculado seria aquele em que a Administração não dispõe na lei de margem para exercício de escolha. Vale dizer, a lei não apresenta opções.

Há imposição do princípio da legalidade, ou seja, o ato está sujeito às determinações legais, adstrito à previsão legal.

O administrador público não tem liberdade, não faz juízo de valor nem de conveniência e oportunidade.

Preenchido os requisitos legais, a autoridade é obrigada a praticar o ato.

Tal ato estaria inclusive inserido na esfera de direitos subjetivos do particular, que por isso pode exigir judicialmente que o ato seja produzido pela Administração quando satisfeitos todos os seus requisitos.

Todos os requisitos (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) são vinculados como, por exemplo, a Licença para dirigir.

Nesse desiderato, esclarece a autora que nessas condições:

[...] a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. (DI PIETRO, 2007, p. 197)

Diz-se discricionário porque o ato é produzido segundo critérios de conveniência e oportunidade que a lei assegura à Administração.

A lei permite juízo de valor. O grau de liberdade é delimitado pela lei. O administrador deve avaliar os critérios de conveniência e oportunidade.

Um critério interessante é observar que, quando a lei traz conceitos vagos ou indeterminados, provocando o juízo de valor pelo administrador público, o exercício da atividade administrativa trará uma decisão considerada discricionária.

Em regra, apenas os requisitos do motivo e o objeto são discricionários. Os requisitos de competência, finalidade e forma continuam vinculados, com por exemplo permissão de uso de bem público, autorização e permissão de uso.

Importante também frisar que a margem de escolha que a lei assegura à Administração está relacionada com critérios não apenas de conveniência e de oportunidade, como também de justiça e equidade que “[...] são próprios da Administração” (DI PIETRO, 2007, p. 197).

Desse modo, o ato será vinculado toda vez que a atuação da Administração tiver os parâmetros estabelecidos pela lei sem margem de escolha, ou seja, com uma única solução possível diante de determinada situação de fato; e discricionário segundo o caso concreto, em que haverá juízo de conveniência, oportunidade, até mesmo de justiça e equidade para escolha da melhor solução dentre outras possibilidades, partindo do pressuposto que são todas válidas para o Direito.

2.2 Desvio de poder

O poder nem sempre é utilizado adequadamente pelos administradores em sua atuação, que em determinadas situações não se sujeitam aos parâmetros legais, ocasionando condutas consideradas abusivas.

O abuso de poder é matriz do qual surgem o excesso de poder ou o desvio de poder ou de finalidade.

Importa dizer que o ato pode ser praticado com excesso de poder, caso em que o agente público vai além das suas funções. Também é tido como desvio de poder, quando o ato produzido pelo agente público é contrário ao interesse público, indo em desacordo com o objetivo da *res pública* (interesse público).

A Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei de Ação Popular), em seu art. 2º, parágrafo único, trata do desvio de finalidade como o vício nulificador do ato administrativo lesivo ao patrimônio público, e o considera caracterizado quando o agente pratica o ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Como se denota, a finalidade do ato é o resultado que a Administração quer alcançar com a sua prática. “Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato.” (DI PIETRO, 2007, p. 194)

Por isso a finalidade não se confunde com o elemento motivo do ato, que mais se relaciona com as características fáticas e circunstâncias que levaram à sua prática. Aquela

sucedem à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição.” (DI PIETRO, 2007, p. 194)

Motivo e finalidade estão unidos para a formação do que se entende como vontade da Administração: “diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).” (DI PIETRO, 2007, P. 194)

A finalidade também pode ser compreendida sob dois aspectos, ou sentidos, um amplo e outro restrito. Este, segundo Maria Sylvia, “[...] é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei,” enquanto aquele “[...] corresponde à consecução de um resultado de interesse público.” (DI PIETRO, 2007, p. 194).

Assim, é possível afirmar que o ato administrativo deve ter finalidade pública que decorre explícita ou implicitamente da lei. Ao citar Celso Antônio Bandeira de Melo, o autor salienta que:

[...] considerada cada situação com sua fisionomia e colaboração específica, poder-se-á, algumas vezes, verificar, que a satisfação da finalidade normativa reclamaria, para além de qualquer dúvida possível, unicamente uma decisão da Administração, sendo que se houver decisão em sentido contrário, haverá descumprimento da finalidade legal, de forma que poderá o Poder Judiciário invalidar os atos, pois não se está frente a uma situação discricionária, pois a discricionariedade não se estende até onde se pretendeu que exista. (LOUBERT, 2014, p. 242)

Importante mencionar as duas classificações de abuso de poder: “excesso de poder”, e, no segundo caso, “desvio de poder”. Consoante o autor:

Excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não conferiu. Já o desvio de poder é modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 46)

Desse modo, infringida a finalidade legal em sentido estrito ou desatendido o interesse público, o ato será ilegal, por desvio de poder.

2.3 Teoria dos motivos determinantes

Inicialmente, cumpre descrever breves considerações sobre o que vem a ser motivo do ato, enquanto pressuposto do ato administrativo. Segundo Maria Sylvia: “Motivo é pressuposto

de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.” (DI PIETRO, 2007, p. 195).

Segundo ensinamentos da autora, existem nesse pressuposto denominado motivo um elemento de fato e outro de direito. Este se refere a um dispositivo normativo (a lei) em que se baseia o ato, enquanto aquele se refere aos acontecimentos de fato e suas circunstâncias que levaram a Administração a praticar o ato. Assim, pode-se afirmar que motivo falso ou falta de motivo invalidam o ato administrativo.

Alerta a autora que motivo e motivação não se confundem no ato administrativo:

Motivação é [...] a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. [...] diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de “consideranda”; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos presentes. (DI PIETRO, 2007, p. 196)

A motivação viria assim provar a legalidade do ato e seria obrigatória, para alguns, apenas quando o ato for vinculado: “A Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários [...]” (DI PIETRO, 2007, p. 196)

Sendo a motivação comprovadora da legalidade do ato, não se afigura razoável vislumbrá-la facultativa naqueles vinculados ou discricionários. Nestes ainda com maior gravidade, pois, sem motivação, “não se teria meios de se conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.” (DI PIETRO, 2007, p. 196)

Relacionada ao motivo do ato administrativo encontra-se a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato deve ser aferida a partir dos motivos indicados como seu fundamento.

Essa teoria sustenta que quando a administração motiva o ato, inclusive quando a lei não impõe tal exigência, a validade do mesmo dependerá da análise de veracidade dos motivos alegados. Segundo a autora:

[...] quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá de examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. (DI PIETRO, 2007, p. 203)

Tanto a teoria do abuso de poder quanto a dos motivos determinantes do ato administrativo são importantes para a compreensão das limitações que devem existir no

licenciamento ambiental, especialmente em relação ao momento de decidir sobre as medidas compensatórias de impactos não mitigáveis, sendo necessário utilizar-se de um ponto de equilíbrio que, a princípio, pode se dar por meio da imposição de limitações ao Poder Público.

3 NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA COMPENSATÓRIA AMBIENTAL: ANÁLISE DE PRINCÍPIOS

Diante da proposta apresentada com o presente estudo sobre limites a discricionariedade do Poder Público em relação à definição das medidas compensatórias de impactos não mitigáveis no processo de licenciamento federal, torna-se também importante uma análise sobre sua natureza jurídica.

Importante destacar, também, que a Constituição de 1988, em seu artigo 225, dispõe que o meio ambiente saudável e equilibrado é um direito e dever de todos, das gerações atuais e futuras, sendo que para alguns doutrinadores trata-se de “um verdadeiro direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado” (COELHO, 2014, p. 59). Por isso, analisar a natureza jurídica da medida compensatória é instigante, dada a diversidade de entendimentos existentes na doutrina sobre aplicação dos princípios que a norteia.

Inicialmente, Paulo Affonso tratou de relacionar a compensação ambiental prevista na Lei do SNUC dentre as medidas mitigadoras, previstas nos arts. 6º, inciso II, e 9º, inciso VI, da Resolução n. 1/86. Vislumbrou-a como uma forma de indenização, fundamentada no princípio da responsabilidade objetiva ambiental, a partir das disposições do art. 14, § 1º da Lei 6.938, de 1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Entre as “medidas mitigadoras” previstas nos arts. 6º, III, e 9º, VI, da Resolução 1/86 compreende-se, também, a compensação do dano ambiental provável. A compensação é uma forma de indenização. Mesmo que a compensação não fosse prevista no EPIA, ela é devida pelo princípio da responsabilidade objetiva ambiental (art. 14§ 1º, da Lei 6.938/81). (MACHADO, 2007, p. 237)

A ideia de “indenização prévia” (MELLO, 2006, p. 33) da compensação do SNUC defendida por Paulo Affonso encontra resistência em parte da doutrina, sendo um bom exemplo Ricardo Carneiro, segundo o qual:

Tal entendimento, no entanto, não nos parece o mais acertado. Em primeiro lugar, porque as chamadas medidas mitigadoras têm sua identidade técnica própria, referindo-se àquelas providências, obras, atividades ou ações destinadas a atenuar ou, de qualquer modo, contingenciar os impactos

ambientais negativos, dentre elas podendo-se relacionar, ao teor do mencionado art. 6º, inciso III, da Resolução Conama 1/1986, os equipamentos de controle ambiental e os sistemas de tratamento de efluentes. E, em segundo lugar, porque a obrigação imposta ao empreendedor no sentido de implementar medidas de compensação não pode decorrer do instituto da responsabilidade civil, vez que esta pressupõe o dano concreto e causado, configurando um ato ilícito gerador de ônus ressarcitório ou reparatório para o agente que lhe tenha efetivamente dado causa. (CARNEIRO, 2003, p. 28)

Noutra senda, o dano ambiental seria um ato ilícito que se afastaria da natureza jurídica da compensação ambiental exigida durante o processo de licenciamento, não sendo possível a imposição do dever de reparar antes que o dano aconteça. Não seria sequer possível falar em dano ambiental se referidas medidas compensatórias são definidas em autos de processo de licenciamento, de forma lícita. Nesse sentido, explica o autor:

Ora, não há responsabilidade sem dano, de modo que a ninguém pode ser imposto o dever de reparar se nenhum ato lesivo foi materializado. Como se falar em dano ambiental se as medidas compensatórias são definidas durante o processo de licenciamento, quando ainda o empreendimento não terá sido implantado ou nem sequer entregue em operação? Aliás, se o dano é um ato ilícito – contrário, portanto, à ordem jurídica -, uma atividade danosa ao meio ambiente não poderia nem mesmo obter nenhuma das licenças ambientais. Entender o contrário representaria aceitar a medida compensatória como uma espécie de pagamento ou contrapartida pelo direito de degradar, o que é inaceitável, uma vez que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal qual definido no art. 25 da Constituição da República, representa direito indisponível, pertencente à inteira coletividade. (CARNEIRO, 2003, p. 28)

Resta nítida a vinculação de Ricardo Carneiro ao princípio do usuário-pagador, naquela concepção de que compete ao empreendedor a obrigação não decorrente de ato ilícito de compensar o uso dos recursos naturais antes mesmo da instalação do empreendimento, afastando por sinal a incidência do princípio do poluidor-pagador, segundo Mello:

Para ele, o instrumento da compensação ambiental em nada se relaciona com o princípio do poluidor-pagador, o qual, na legislação brasileira, consubstancia-se no princípio da responsabilidade ambiental objetiva, devendo o agente responsável por atividade lesiva ao meio ambiente recuperar ou indenizar os danos a que der causa. Disso decorre o fato de que as medidas compensatórias não têm caráter reparatório – posto que de dano ambiental não se cuida – se, sim, retributivo. (MELO *apud* CARNEIRO, p. 29)

A mesma autora chega a afirmar que a discussão acerca dos princípios da responsabilidade ambiental objetiva, do poluidor-pagador ou do usuário-pagador, para se

chegar à fundamentação da compensação ambiental, seria despropositada, uma vez que se trata de princípios complementares:

Dentre os objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente, positivada pela Lei n. 6.938/81, destaca-se “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (art. 4º, inciso VII). O referido objetivo sintetiza os princípios do poluidor-pagador e do usuário pagador, os quais impõem aos agentes poluidores e utilizadores de recursos naturais o dever de “internalizar” em seus custos de produção a responsabilidade por medidas de proteção ambiental e controle da poluição. (MELLO, 2003, p. 35)

Diante dessa visão, Ana Alice Moreira de Mello não vislumbra diferenças substanciais que justificasse qualquer discussão sobre os fundamentos da compensação ambiental no princípio do usuário-pagador ou da responsabilidade ambiental objetiva, naquilo que aquele decorreria deste.

Buscando um ponto de equilíbrio entre os entendimentos doutrinários existentes sobre a melhor compreensão sobre a natureza da compensação ambiental do SNUC à luz dos princípios, surge entendimento segundo o qual, mesmo que tenham sido adotadas medidas objetivando redução de impactos ou sua compensação por parte do empreendedor. Para o autor, “[...] subsistem, no curso do licenciamento ambiental, impactos residuais. São estes impactos que deverão ser objeto de prévia compensação ambiental do SNUC.” (SIQUEIRA, 2014, p. 209)

Tais impactos ao meio ambiente devem ser significativos para os termos do art. 36, da Lei n. 9.985, de 2000 e objeto de estudos de impacto de acordo com o art. 5º da Resolução CONAMA n. 01/86. Deve-se contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, dentre outras exigências. Relevante salientar que se trata de um norte necessário para se identificar previamente todos os possíveis impactos de empreendimentos ao meio ambiente, para se informar adequadamente tanto as medidas mitigadoras quanto aquelas compensatórias. Nesse aspecto, “não se obtendo segurança quanto aos efeitos do empreendimento a ser licenciado, o EIA autorizará a conclusão pela inviabilidade de seu licenciamento, o que implica na materialização do princípio da precaução.” (SIQUEIRA, 2014, p. 209)

Para alguns,

[...] a compensação ambiental caracteriza obrigação de caráter reparatório, fundada nos princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade ambiental objetiva, do qual decorre o princípio do usuário-pagador, imposta para, ante a previsão de ocorrência de impactos ambientais negativos, decorrentes da futura

implantação de atividade econômica regular, fazer frente às lesões ambientais não passíveis de mitigação ou recomposição. (MELO, 2003, p. 35)

O entendimento de Lyssandro Norton pode ser então compreendido da seguinte forma: a compensação de impactos ambientais decorrentes de atos lícitos tem natureza jurídica de reparação prévia de impactos ambientais futuros e certos, apurados em EIA/RIMA pelo próprio empreendedor.

4. O PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL FEDERAL

O licenciamento ambiental teve como marco inicial, em 1970, a publicação da *National Environmental Protection Act – NEPA* (Lei Nacional de Proteção Ambiental) nos Estados Unidos, inaugurando a concepção de instrumentos de avaliação de impacto ambiental — o que foi chamado de *Environmental Impact Statement* — e de autorizações para instalação e operação das atividades potencialmente poluidoras.

Sequencialmente, diversos países estabeleceram suas políticas de proteção do meio ambiente, como fez o Brasil ao publicar a Lei nº 6.938, de 31.08.1981, incluindo o licenciamento ambiental como instrumento de gestão pública, o qual pode ser definido como um processo administrativo complexo e multifásico, destinado a subordinar as atividades capazes de alterar substancialmente os ecossistemas a um regime de controle apriorístico, configurando a licença, destarte, um assentimento da autoridade competente, concedido após a verificação de que as diversas fases de um determinado projeto atenderam às diretrizes técnicas pertinentes e às demais obrigações veiculadas pelas disposições legais aplicáveis.

No direito brasileiro, desenvolveu-se um formato trifásico de regularização licenciatória, dividido em etapas distintas e sequenciais — a Licença Prévia (LP), a Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO) —, assim delineadas no art. 19 do Decreto nº 99.274, de 06.06.1990 e no art. 8º da Resolução CONAMA nº 237, de 19.12.1997, conforme a seguir detalhado:

- a) Licença Prévia (LP) — concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
- b) Licença de Instalação (LI) — autorizando a instalação do empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes;
- c) Licença de Operação (LO) — autorizando a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento das condicionantes previstas para as licenças anteriores e das medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a fase de operação.

No tocante à etapa prévia do licenciamento, trata-se de avaliação do juízo de viabilidade ambiental, vinculado aos estudos ambientais apresentados, cujo objetivo precípua é diagnosticar, identificar e prevenir seus possíveis reflexos adversos do empreendimento, permitindo à sociedade conhecer suas características técnicas e locais, além de sua concepção e área de influência, considerando as diversas variáveis biogeofísicas e socioeconômicas.

Importante destacar que, primordialmente, nessa fase está a apresentação dos estudos ambientais, os quais possibilitarão a avaliação do órgão ambiental competente pelo licenciamento acerca dos impactos decorrentes da atividade, incidindo a compensação para aqueles efeitos adversos não mitigáveis.

Quando da instalação, será avaliado o cumprimento de condicionantes apostas à licença prévia, para que se possa dar continuidade ao projeto e implantação do empreendimento.

Do mesmo modo, far-se-á com a etapa de operação, após apreciado o cumprimento dos requisitos vinculados à licença de instalação, autorizando-se o início das atividades licenciadas.

4.1. Trâmite e competências

No âmbito federal, as principais diretrizes para a execução do licenciamento ambiental estão expressas na Lei 6.938/81 e nas Resoluções CONAMA nº 001/86 e nº 237/97, bem como na Lei Complementar nº 140/2011, que aborda a competência estadual e federal para o licenciamento.

Em breve síntese, após a apresentação dos documentos, projetos e estudos ambientais listados previamente pelo órgão competente — dentre eles a indispensável certidão municipal de adequação às leis de uso e ocupação do solo —, acostados ao requerimento da licença ambiental, formaliza-se o processo de licenciamento, o qual será analisado pelo órgão competente, que poderá realizar vistorias, quando necessário.

Caso necessário, poderá o órgão requerer informações complementares, para melhor compreensão dos documentos, projetos e estudos ambientais.

Conforme a Resolução CONAMA nº 09/1987, sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública, cujo objetivo é expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido Relatório

de Impacto Ambiental – RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

Sendo avaliadas todas as informações trazidas ao bojo do processo licenciatório, será emitido o cabível parecer conclusivo (técnico e jurídico, quando couber) pelo órgão ambiental.

Por fim, observados todos os requisitos procedimentais, será deferido ou indeferido o pedido formalizado, ocasião em que, restando deferida e expedida a licença requerida, serão apostas condicionantes para mitigação ou, quando não possível, compensação de impactos causados pelo empreendimento.

4.2. Definição de condicionantes

No âmbito do licenciamento, concedida determinada licença ambiental, o órgão competente delimitará quais as condicionantes, incluindo medidas de controle, devem ser atendidas para as próximas fases do licenciamento.

Por princípio, as Condicionantes Ambientais consistem nos compromissos e garantias que o empreendedor deve assumir, com base em seu projeto e nos programas e medidas mitigadoras previstos nos estudos ambientais; compromissos e garantias essas que devem ser assumidas, necessariamente, tanto por força dos limites e padrões previstos em normas e leis, quanto em função dos Objetivos e Metas que se busca para a mitigação dos impactos ambientais prognosticados. (BRANDT; AVELAR; 2015)

Significa dizer que as condicionantes são compromissos ajustados no âmbito do licenciamento para mitigação de impactos identificados nos estudos ambientais e definição de medidas de controle de padrões ambientais.

Para aquelas hipóteses não mitigáveis, as condicionantes serão de natureza compensatória, estabelecendo requisitos de cumprimento e efetividade da compensação para as posteriores etapas do licenciamento ambiental.

4.3 Medidas compensatórias

Nesse contexto, após a caracterização daqueles impactos que não podem ser mitigados, havendo viabilidade ambiental do empreendimento, o órgão licenciador traçará as medidas compensatórias que deverão ser cumpridas, observando a legislação incidente no âmbito federal, estadual e municipal.

Isso porque, as medidas compensatórias do licenciamento ambiental são definidas em lei, não havendo que se falar em qualquer outro instrumento compensatório que não tenha vinculação ao impacto causado.

Em outras palavras, esse raciocínio leva à conclusão lógica de que, se o impacto for em vegetação, não se deve atribuir uma compensação relativa ao patrimônio cultural, sob pena de se romper com a principiologia básica de proteção do meio ambiente e primazia da restauração das condições ecológicas da implementação do empreendimento.

Sendo assim, cabe ao órgão ambiental verificar se aquela condição adversa possui compensação específica prevista em lei, como ocorre com aquelas incidentes quando da supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica, prevista na Lei nº 11.428, de 22.12.2006, ou nas hipóteses permitidas no Decreto nº 99.556, de 01.10.1990, alterado pelo Decreto nº 6.640, de 07.11.2008, para a supressão de cavidades naturais subterrâneas.

Isso porque as medidas compensatórias são aquelas previstas na legislação vigente, que determinam a reparação dos impactos ambientais — não mitigados — causados pelos empreendimentos potencialmente poluidores no âmbito do processo de licenciamento ambiental.

De modo que, para aqueles impactos não mitigáveis em que não houver compensação específica, caberá a compensação do SNUC, prevista no art. 36 da Lei nº 9.985/2000, determinando que nos casos de licenciamento de obras capazes de gerar impactos ambientais significativos, assim considerados pelo órgão competente, com fundamento no EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e a manutenção de determinadas categorias de espaços protegidos.

Tal diferenciação possui extrema relevância para assegurar a não ocorrência de dupla compensação pelo mesmo impacto, caso ele tenha sido calculado na compensação do SNUC e requerido como forma específica prevista em Lei.

4.4 Atuação de outros entes e a portaria interministerial nº 60, de 24 de março de 2015

Objetivando a viabilizar e instrumentalizar a atuação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, Fundação Cultural Palmares – FCP, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN e do Ministério da Saúde nos processos de licenciamento ambiental de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em 25.03.2015, entrou em vigor a Portaria Interministerial nº 60.

De acordo com esse ato normativo, o IBAMA deve solicitar ao empreendedor na Ficha de Caracterização de Atividade (FCA), informações sobre possíveis intervenções em terras indígenas, quilombolas, em bens culturais acautelados e em áreas ou regiões de risco ou endêmicas para malária.

Na sequência, o IBAMA solicitará aos órgãos ou entidades envolvidos no processo de licenciamento, em decorrência das interferências descritas nas áreas anteriormente especificadas, que em até 10 (dez) dias sejam fornecidas informações que possam contribuir para a elaboração do Termo de Referência (TR), e que devem ser prestadas por meio de Termo de Referência Específico – TRE, devendo ser entregues à autarquia em até 15 (quinze) dias consecutivos, contados da data do recebimento do requerimento da manifestação. Assim, o TR deverá conter as exigências de informações e de estudos específicos compreendidos nos TREs, devendo ser dada especial atenção aos aspectos locacionais e de traçado da atividade ou do empreendimento, bem como às medidas para a mitigação e controle dos impactos a serem consideradas pelo IBAMA quando da emissão das licenças pertinentes.

Após o recebimento dos estudos ambientais indicados no TR, o IBAMA fará nova solicitação de informações aos órgãos envolvidos no processo de licenciamento no prazo de 30 (trinta) dias para os casos de EIA/RIMA, sendo que a manifestação conclusiva deverá ser entregue em 90 (noventa) dias nessa hipótese, e 15 (quinze) dias para os outros estudos, como envio de resposta em até 30 (trinta) dias nesse caso. Essa contagem será suspensa durante a elaboração dos estudos ambientais complementares ou a preparação de esclarecimentos, a partir da data de comunicação ao empreendedor.

No período que antecede a emissão das licenças de instalação e operação, o IBAMA solicitará, no prazo de até quinze dias consecutivos, contado da data de recebimento do documento pertinente, manifestação dos órgãos e entidades envolvidos quanto ao cumprimento das medidas ou condicionantes das licenças expedidas anteriormente e quanto aos planos e programas pertinentes à fase do licenciamento em curso. Nesse mesmo período, os órgãos e entidades deverão disponibilizar ao IBAMA, na fase pertinente do licenciamento e a partir de demanda da referida autarquia, orientações para a elaboração do PBA, ou de documento similar, e de outros documentos exigíveis ao processo de licenciamento ambiental.

Importante observar que o texto trazido na Portaria Interministerial nº 60/2015, adequa-se ao entendimento de que as condicionantes devem estar estritamente vinculadas ao impacto verificado nos estudos, não sendo por outro motivo que o § 12 do art. 7º cuidou de delimitar as condicionantes e medidas indicadas na manifestação dos órgãos e entidades, relacionando-

as diretamente com os impactos identificados nos estudos apresentados pelo empreendedor, decorrentes da implantação da atividade ou empreendimento, e deverão ser acompanhadas de justificativa técnica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, observa-se que, em que pese a discricionariedade da administração pública em processos administrativos de licenciamento, a definição de condicionantes ambientais está atrelada à verificação de impactos delimitados nos estudos ambientais, sendo vedado qualquer exigência que extrapole os fatores técnicos e jurídicos definidos no processo licenciatório para compensação e mitigação.

Tanto é a evolução dessa corrente de entendimento que a Portaria Interministerial nº 60/2015 o consagrou ao vincular a relação direta das condicionantes e medidas indicadas na manifestação dos órgãos aos impactos identificados nos estudos apresentados pelo empreendedor.

O estabelecimento de condicionantes sem vínculo aos impactos, além de trazer insegurança jurídica, pode configurar ausência de veracidade de motivo em relação aos estudos ambientais em autos de processo de licenciamento, bem como caracterizar uma exigência cuja finalidade pode desviar-se daquela fixada em lei, podendo ser suscitado nulidade e responsabilização dos agentes públicos por desvio de poder.

Como considerações finais dos resultados obtidos pela pesquisa, procurou-se apresentar ao leitor ser possível limitar, em razão do local dos impactos não mitigáveis, a discricionariedade do Poder Público no momento de decidir as medidas compensatórias pelo empreendedor nos processos de licenciamento ambiental de Competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Erika. **Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRANDT, Wilfred & AVELAR, Sérgio. Definições nos Processos de Licenciamento Ambiental e Consequências na Efetividade de Seus Resultados. Disponível em <<http://brandt.com.br/index.php/publicacoes/detalhes/6>> Acesso em: 13.10.2015.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Our Common Future: From One Earth to One World**. Nova York: Oxford University Press, 1987.

CARNEIRO, Ricardo. A natureza jurídica das medidas compensatórias. **Revista Del Rey Jurídica**, ano 5, n. 11, p. 28-29, abr/maio/jun 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012.

COELHO, Helena Carvalho. Do direito constitucional ao meio ambiente e desdobramentos principiológicos à hermenêutica (ambiental?) **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.11 n.21 p.53-73, janeiro/junho 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LOUBERT, Luciano Furtado. **Licenciamento Ambiental. A obrigatoriedade da Adoção das Melhores Técnicas Disponíveis (MTD)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Ana Alice Monteiro de. **Compensação Ambiental**. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2006.

Disponível em:

Ana <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/anaalicemoreiracompensacaoambiental.pdf> Acesso em: 2fev 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed., Malheiros Editores: 2006.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). In: GOMES, Carla Amado (Org). **Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade**, Lisboa: 2014.