

A SOBREPOSIÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS¹.

Ari Alves de Oliveira Filho²

Sumário: **1. Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental.** 1.1 Definição; 1.2 Natureza e efeito; 1.3 Objetivo; 1.4 Formação de Título Executivo; **2. Licenciamento Ambiental;** 2.1 Definição; 2.1.1 Licenças Ambientais; 2.2 Natureza jurídica; 2.3 Bases Normativas – leis aplicáveis; 2.4 Procedimento e Prioridades; 2.5 Ato Vinculado e Discricionário; 2.5.1 Ato Vinculado; 2.5.2 Ato Discricionário; 2.5.3 Diferença entre Ato vinculado e discricionário; 3. Conflitos de norma; **4. Consequências Jurídicas;** 5. Considerações finais.

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar reflexões acerca: 1. do termo de ajustamento de conduta ambiental – TAC, instrumento jurídico de composição extrajudicial com força executiva, destinado a estabelecer as regras e os cronogramas para a recuperação ambiental quando da ocorrência de dano ou degradação, e 2. o licenciamento ambiental, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente cuja finalidade é analisar os empreendimentos potencialmente causadores de danos ao meio ambiente, impondo as condicionantes necessárias para a mitigação dos impactos e eventuais compensações. O licenciamento possui regras próprias, que vinculam a decisão administrativa. Ocorre que o Ministério Público, quando da realização do TAC, junto aos empreendedores, acaba por conceder prazos e obrigações diferentes daquelas impostas pelas regras do licenciamento e, certos casos, mais benéficas ao empreendedor, o que gera um conflito entre normas, insegurança jurídica a ambas as partes, e, principalmente, não garante a proteção ambiental prevista nas regras do licenciamento.

Palavra chave: Termo de ajustamento de conduta ambiental e licenciamento; meio ambiente e o termo de ajustamento de conduta ambiental; meio ambiente e o licenciamento ambiental.

¹ Este artigo foi apresentado no 6to. Congreso Internacional del Medio Ambiente y Derecho Ambiental – ANTINA 2013 / Primer Congreso Iberoamericano Derecho y Gestión Ambiental – PERU, entre 25 y 28 de Setiembre del año 2013.

² Advogado atuante na área de Direito Ambiental, Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade de Santos - UNISANTOS; professor universitário na Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo – FATEC – Pres. Prudente-SP, autor de livro.

A OVERLAP OF TERM ADJUSTMENT OF ENVIRONMENT CONDUCT ON ENVIRONMENT LICENSING AND ITS LEGAL CONSEQUENCES.

Abstract: This article aims to present reflections on: 1. the Term of Adjustment of environmental conduct - TAC, legal instrument of extrajudicial composition enforceable, aiming at establishing rules and timelines for environmental restoration in the event of damage or degradation, and, 2. The environmental licensing, instrument of the National Environmental Policy whose purpose is to analyze the projects potentially causing damage to the environment by imposing the constraints necessary to mitigate the impacts and possible compensation. The licensing has its own rules which are binding on administrative decision. It occurs that the Public Prosecutor, at the time of implementation of the TAC , among entrepreneurs, eventually grant deadlines and obligations different from those imposed by the rules of licensing and, some cases, more beneficial to the entrepreneur, which creates a conflict between regulations, legal uncertainty both parties, and especially not guarantee environmental protection provided for the rules of licensing.

Keyword: adjustment term environmental conduct and licensing; environment and Term of Adjustment of environmental conduct; environment and environmental licensing.

1. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental

A busca pela proteção ambiental decorre da necessidade da preservação da própria espécie humana sobre a terra, pois não podemos nos esquecer que a relação entre o ser humano e o meio ambiente em que vive é uma relação sistêmica, ou seja, tudo está interligado e a ausência de um poderá acarretar no futuro a ausência dos outros.

Assim, a preservação do meio ambiente é de suma importância para o futuro da humanidade; mas não podemos falar em preservação sem falar dos meios utilizados para promovê-la.

A elaboração de leis que sejam eficazes, por certo, é um dos mecanismos garantidores do meio ambiente equilibrado, pois tais leis formam um conjunto de regras impostas a toda sociedade.

Entretanto, somente as leis não são suficientes para garantir a proteção do meio ambiente, pois sua aplicabilidade é prejudicada ante a falta de mecanismos jurídicos eficazes e, sozinho, o poder judiciário não consegue distribuir a justiça conforme todas as necessidades.

Desta forma, a distribuição igualitária dos direitos, que atenda aos anseios do meio ambiente e principalmente da sociedade, passa por transformações visando à busca de novos mecanismos que, auxiliando o judiciário, consigam de forma complementar trazer segurança jurídica a todos.

Por certo que a evolução do direito passou por uma primeira onda, conforme estudos de Mauro Cappelletti, quando o acesso à justiça era possível às classes mais privilegiadas já que as pessoas de natureza econômica menos favorecida não tinham representação adequada nos tribunais para garantir de seus direitos..

Porém, com a transformação econômica e o aumento do consumerismo surgiram outras categorias de direitos, os transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais; ocorrendo do processo evolutivo passar pela chamada segunda onda, que vislumbra o acesso à justiça

pela sociedade de massa; surgindo, assim, os dispositivos legais da Ação Popular e da Ação Civil Pública para atender a essa demanda.

Entretanto, não podemos esquecer que as soluções dos conflitos, ou melhor, o acesso à justiça para a solução dos conflitos continuou limitado e insuficiente, não só para quem busca tal solução por parte do Estado, como também o próprio Estado quando precisa obrigar as pessoas a cumprirem os ditames legais.

Uma das características da sociedade contemporânea consoante acima dito, consequência da evolução social, reflete-se na transformação marcante da economia e na nova busca por outras soluções simples que atendam a sociedade no que diz respeito à solução dos conflitos. Surge, por isso, a terceira onda evolutiva do direito com a busca de meios simplificados que, juntamente com o as formas já conhecidas, ajudem a solucionar os conflitos existentes na sociedade.

Dentre as formas de solução simplificada temos os juizados especiais de pequenas causas e, ainda, as chamadas ADR's (Alternative Dispute Resolutions), no Brasil conhecida como MASC – Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Trata-se de modalidade de solução de conflito fora do meio judiciário e que, portanto, agiliza as soluções de conflitos.

Esta modalidade de solução de conflito já era utilizada no passado conforme descreve BOULLE, Laurcence. (2005) em seu texto o autor trata das diferentes formas de resolução de conflitos/disputas nas diferentes sociedades ao redor do mundo e ao longo dos séculos. Relata o texto que em 1800 AC o Reino de Mari (Síria contemporânea) fora feito o uso de mediação e arbitragem em disputas com outros reinos e termina com o uso da mediação no século 21 para com os casos de monopólio da Microsoft.

De acordo com o próprio texto existe a consciência individual e coletiva nas sociedades em responder as dificuldades causadas pelo "gene do egoísmo".

Cabe reflexão sobre a ADR no sentido de ser um comportamento nato do ser humano, causado pelo instinto de preservação do coletivo, pois, entendemos nossa dependência do coletivo para nossa sobrevivência como indivíduos.

Neste sentido, o Termo de Ajustamento de Conduta não deixa de ser uma forma de solução de conflito, uma vez que os legitimados e os causadores dos danos podem resolver os problemas assinando este instrumento que terá força de título executivo, facilitando ao Estado a sua execução sem precisar passar pela ação de conhecimento.

A utilização desse instrumento proporciona agilidade nas soluções de conflito de modo a se evitar um longo processo judicial e, assim, desgaste social.

A busca pelo equilíbrio decorre do constante exercício pela preservação do meio ambiente, que ocorre através de mecanismos técnicos, sociais e, principalmente, jurídicos.

Portanto, a busca por novos modelos de soluções de conflito como o TAC é constante. Na evolução pela qual a sociedade passa não se permite uma estagnação dos nossos modelos jurídicos, pois assim, traríamos uma insegurança jurídica e, sobretudo ambiental, com consequências imprevisíveis.

Não se ignora que, a partir do século XX, com a globalização e o avanço das novas tecnologias, o homem de forma predatória busca o crescimento econômico sem tampouco pouco se preocupar com a sua geração e as futuras. E partindo dessa premissa percebemos que cada vez mais a interferência no bem ambiental acarreta danos e consequências irreparáveis ao ser humano e ao planeta.

Por isso, não sem razão, bem salienta a Constituição Federal ao discorrer sobre a necessidade do meio ambiente equilibrado. Entretanto,

muitos não conhecem sequer o que é um **bem ambiental** nos termos que discorre Akaoui (2003, p. 23) apud Piva (2000, p. 111 e 114): “bem ambiental é um valor difuso, imaterial ou material, que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental”.

Em referência ao bem ambiental, Édis Milaré (2011, p. 244/245) entende que, no trato do meio ambiente e tendo em vista o seu caráter de bem difuso, pode-se entender que o patrimônio ambiental é, enquanto tal, intangível por natureza, consistindo mais em uma categoria abstrata, uma espécie de rubrica etérea que serve como griffe para caracterizar determinadas espécies de bens.

Esses bens, por sua vez, são dotados de muitos valores diferentes, entre os quais o valor econômico, como os recursos hídricos e florestais, pelo que entram na categoria de insumos, para os processos produtivos. O objeto material (o bem) é o mesmo, a saber, aquele determinado recurso; mas o objeto formal se diferencia conforme as lentes através das quais o mesmo bem é observado: as visões do jurista, do poeta, do cientista, do negociante, do religioso, do político, do cidadão.

Não é, pois, este ou aquele recurso isolado, por mais valioso que seja, nem sequer o seu conjunto, ou a soma de todos eles, que fazem a característica de patrimônio da coletividade, mas a sua organização por meio de relações ecossistêmicas. Esta última é que constitui o meio ambiente como bem difuso de interesse coletivo.

Com fulcro no art. 225 da CF, Akaoui (2003, p. 24) apud Fiorillo (2001, p. 52) acertadamente estabelece o conceito de bem ambiental, afirmando sê-lo “um bem de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais, e, ainda, um bem essencial à qualidade de vida”.

Para que a base seja sedimentada e a compreensão completada, continua o autor acima a discorrer acerca da natureza jurídica do bem ambiental que repousa na categoria dos bens difusos, pois, sendo de uso comum do povo, todos os integrantes da coletividade são seus titulares (Akaoui, 2003, p. 27).

1.1 Definição

O Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental - TAC decorre da Ação Civil Pública que é disciplinada pela Lei 7.347/1985, em seu art. 5º, § 6º:

Art. 5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

§ 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

§§ 4º, 5º e 6º acrescentados pela Lei nº 8.078, de 11/09/1990.

1.2 Natureza Jurídica

É grande a discussão no meio jurídico acerca da natureza jurídica do TAC uma vez que os doutrinadores se dividiram em grupos: **os civilistas, os administrativistas e os que entendem como mero acordo.**

No Termo de Ajustamento de Conduta evidencia-se de forma inegável a existência de vontades dos interessados, o “parquet” jurídico e a parte contrária. A existência do elemento vontade ressalta a patente ligação

com o ato jurídico nascedouro do negócio jurídico. A despeito de ser uma “vontade” limitada, ou não, no que tange à sua disposição; mas ainda assim, permite-se certa liberdade de celebração do TAC, pois, uma vez não querido por uma das partes, ele deixa de existir.

Até porque, o Termo de Ajustamento não pode ser imposto pelo órgão público e, nem tão pouco pelo interessado; a harmonia da relação prevalece para existir o interesse em concretizar o TAC.

Na realidade, o elemento vontade de realizar o ato é claro, seja pela própria busca por uma transação visando restabelecer o dano ambiental ou a sua prevenção, seja pela disponibilidade relativa aos termos que serão estabelecidos nessa transação, que podem ser discutidos entre as partes como no contrato civil; o que não se muda ou se modifica é o objeto, qual seja, o meio ambiente.

Neste contexto os **civilistas** entendem que o TAC é uma forma de transação, formando a corrente dominante da doutrina. Neste grupo se encontram, dentre tantos, Nelson Nery Junior, Rodolfo Camargo Mancuso, Édis Milaré e Daniel Roberto Fink.

Por outro lado, entre os **administrativistas** entende Rodrigo Fernandes, apud Nery (2013, p. 133), que o poder público possui o grau de discricionariedade para estipular as cláusulas obrigacionais.

Nery (2013, p. 134) cita Hugo Mazzilli que concebe o Ajustamento de Conduta com natureza jurídica de ato administrativo negocial, consubstanciado em uma declaração de vontade do poder público, manifestada pelos órgãos legitimados para a celebração do compromisso, coincidente com a do particular, ocasião em que este deverá adequar sua conduta às exigências legais.

Ainda existem aqueles que entendem que o TAC se trata, na realidade, de um **acordo**. Fernando Reverendo Vidal Akauoi (2003, p. 71) sustenta:

[...] não se trata esta figura de uma transação (que impõe necessariamente concessões bilaterais), mas sim, mero acordo, em que a liberdade do órgão público fica restrita apenas à forma pela qual se darão as medidas corretivas e o tempo, porém sempre após análise criteriosa da melhor forma, bem como do tempo mais exíguo possível.

Em sua avaliação, Fernando Akaoui (2003, p. 69) relata que “de fato, vários *experts* no tema têm se pronunciado no sentido de que o compromisso de que trata a Lei 7.347/1985, em seu art. 5º, § 6º, é transação” argumentando que “No entanto, parece haver certo equívoco no termo, posto que o instituto, de cunho jurídico eminentemente privado, não pode ser aplicado em suas regras na defesa dos interesses difusos e coletivos”.

Akaoui (2003, p. 70) apud Fink (2001, p. 119-120) entende que o ato de firmamento do Ajustamento de Conduta é bilateral, vê no compromisso sua natureza contratual e sua eficácia de título executivo extrajudicial, afirmando:

[...] sendo transação, apesar de sua natureza peculiar por envolver interesses não patrimoniais e não privativos, o regime jurídico do *ajustamento de conduta* deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil

Ainda o mesmo Akaoui (2003, p. 71) cita a irretocável doutrina de Sérgio Shimura:

[...] esses compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, nada mais são que acordos extrajudiciais, que dispensam homologação judicial (salvo se o ajuste for feito no bojo de uma ação civil já instaurada).

1.3 Objetivo

O objetivo do instituto do Termo de Ajustamento é fazer com que haja uma efetiva proteção aos direitos transindividuais, seja de forma preventiva ou recuperatória, restabelecendo o “statu quo anterior” quando possível ou compensando de outras formas.

Akaoui (2003, p.72) salienta que: com efeito, se o objetivo do ajustamento é readequar a conduta do degradador ou potencial degradador ao ordenamento jurídico vigente, a fim de afastar o risco de dano, e/ou recompor aqueles já ocorridos, não pode o órgão público que toma aquele compromisso deixar de pleitear todas as medidas tendentes ao efetivo e integral resguardo do meio ambiente.

Para estar apto a propor a ação civil, serve-se o Ministério Público de um instrumento que o capacita a investigar os danos e o nexo de causalidade, conforme prevê a Lei nº 7.347/1985 em seu art. 8º, § 1º: “o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”. A respeito de inquérito civil Akaoui (2003, p. 58) diz:

se trata de forte instrumento de tutela coletiva na medida em que as investigações levadas a efeito em seu bojo, quando positivas, servem de base para a obtenção de compromisso de ajustamento de conduta, ou para instruir ação civil pública.

Este instrumento tornou-se tão importante na defesa dos interesses dos interesses difusos e coletivos que adquiriu contorno constitucional, estando previsto na CF de 1988, em seu art. 129, inc. III, entre as funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em sua lei orgânica previu no art. 106, § 1º, que, “sempre que necessário para formar seu convencimento, o membro do Ministério Público poderá instaurar

procedimento administrativo preparatório do inquérito civil”, no que foi acompanhado pelo Ato 19, de 25.02.1994, do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de São Paulo, no qual está prescrito em seu art. 16:

o Procurador-Geral de Justiça e os Promotores de Justiça poderão instaurar procedimento preparatório de inquérito civil, de ofício ou em face de representação, quando houver necessidade de esclarecimentos complementares para formar seu convencimento sobre o cabimento, em tese, da tutela de interesses difusos e coletivos.

Ainda, no que tange ao Ministério Público do Estado de São Paulo, estabelece a Súmula 12 do seu Conselho Superior:

sujeita-se à homologação do Conselho Superior qualquer promoção de arquivamento de inquérito civil ou peças de informação, bem como o indeferimento de representação que contenha peças de informação, alusivos à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

1.4 Formação do título executivo extrajudicial.

Após o término do inquérito civil, o Ministério Público pode convidar a parte investigada e/ou acusada para que efetue um Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental e, assim, transacionar não a recuperação ao bem ambiental – bem indisponível -, mas sim a forma como essa recuperação deverá ser obtida. Se ocorrer da parte se negar a celebrar o TAC o Ministério Público proporá a Ação Civil Pública.

Por outro lado, uma vez assinado o TAC caberá à parte o dever de cumprir o instrumento assinado; do contrário – havendo descumprimento do avençado – tal instrumento se constitui em título que poderá ser executado para impor o pagamento dos valores das multas nele estipuladas, bem como os demais valores estimados para recompor ou recuperar o bem ambiental que tenha sido deteriorado.

2. Licenciamento Ambiental

Considera-se o Licenciamento Ambiental como um importante instrumento de gestão ambiental, pois visa primordialmente à proteção do meio ambiente sem, contudo, impedir o desenvolvimento. Para a concessão do Licenciamento, tem-se em vista que a legislação brasileira qualifica o meio ambiente como um patrimônio público que deve ser protegido e assegurado pela coletividade, pois é essencial à sadia qualidade de vida. Daí a importância ímpar deste instrumento preventivo.

2.1 Definição

O Licenciamento Ambiental é o instrumento de análise dos empreendimentos e atividades potencial e efetivamente degradadores ou poluidores, à luz da necessidade de proteção do ambiente, de acordo com a lei. No processo de licenciamento dos empreendimentos pelos órgãos e entidades de controle ambiental, discutem-se todas as questões relativas ao uso dos recursos naturais, à poluição e à degradação ambiental, assim como as medidas compensatórias e mitigadoras dos impactos identificados como passíveis de ocorrer (GRANZIERA, 2011, p. 405).

O Licenciamento Ambiental é elencado como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 9º, inc. IV, da Lei 6.938/1981: São instrumentos da política Nacional do Meio Ambiente: IV – “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”. Em linhas gerais, também a Resolução do CONAMA nº. 237/1997 o define:

Art. 1º, I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas

efetiva ou potencialmente poluidoras ou daqueles degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Acerca do Licenciamento, explica Bechara (2009, p. 82):

Trata-se de típico instrumento de **prevenção** de danos ambientais, visto que é nesse procedimento que o órgão ambiental licenciador verifica a natureza, dimensão e impactos (positivos e negativos) de um empreendimento potencialmente poluidor, antes mesmo seja ele instalado e, a partir de tais constatações, condiciona o exercício da atividade ao atendimento de inúmeros requisitos (chamados de condicionantes) aptos a eliminarem ou reduzirem tanto quanto possível os impactos ambientais negativos. Em poucas palavras, o licenciamento ambiental enquadra o empreendimento na legislação ambiental para força-lo a se desenvolver dentro dos padrões preestabelecidos, sem gerar lesões irremediáveis e intoleráveis ao ambiente e à coletividade.

Os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente são a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com a finalidade de assegurar condições ao desenvolvimento socioeconômico, à segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Em matéria de licenciamento ambiental, trata-se: (1) compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; e (2) estabelecer critérios e padrões de qualidade ambiental e normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais (GRANZIERA, 2011, p. 406-407).

A finalidade do licenciamento ambiental é, assim, estabelecer um padrão de comparações entre o que é – características do empreendimento ou atividade – e o que deve ser – compatibilidade com a legislação ambiental em vigor, normas, critérios e padrões ambientais –, de modo a verificar se o empreendimento ou a atividade em exame está em consonância com as normas ambientais e se sua implementação e funcionamento não causarão danos ao ambiente (GRANZIERA, 2011, p. 407).

Reconhecendo o valor e a necessidade do Licenciamento Ambiental, o legislador pátrio entendeu por bem tipificar sua falta como crime. Eis o teor do art. 60 da Lei 9.605/1998:

Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.

Acerca dessa questão, explica a nobre doutrinadora (BECHARA 2009, p. 82) que “a relevância do licenciamento ambiental foi bem captada pela Lei dos Crimes Ambientais, que tipificou a falta de licença ambiental, nas hipóteses exigíveis, como crime ambiental”.

Razão lhe assiste. De fato, o legislador bem compreendeu que a proteção ao meio ambiente é bem jurídico elevado a uma categoria maior ao ser disciplinado constitucionalmente e que, portanto, a não utilização dos instrumentos legais destinados a esse fim protetional deve ser penalizada.

2.1.1 Licenças Ambientais

O Licenciamento ambiental é feito, via de regra, em fases, as quais culminam com a concessão de licenças ambientais específicas e distintas. Daí ser designado como o procedimento no qual são concedidas as licenças ambientais.

Normalmente, o Licenciamento Ambiental se desenvolve em três fases principais, que resultam na outorga de licenças ambientais com escopos diversos: a licença prévia (LP), a licença de instalação (LI) e a

licença de operação (LO). A definição de cada uma dessas licenças – e os respectivos papéis – consta do art. 8º da Resolução CONAMA 237/1997.

O Licenciamento Ambiental decorre do exercício do poder de polícia, fundamentado nos princípios da prevenção e da supremacia do interesse público sobre o particular. Como manifestação do exercício desse poder, é mecanismo de controle e restrição da atividade humana e tem por fundamento impedir que esta venha a ser danosa ao meio ambiente.

No que toca ao princípio da prevenção, a função do licenciamento refere-se à necessidade de assegurar ao máximo – pois a experiência prática demonstra não ser possível a garantia total – que a atividade econômica possa realizar-se e assegurar todos os benefícios que proporciona o desenvolvimento econômico e social sem, contudo, prejudicar a capacidade do meio ambiente de atender às necessidades das gerações futuras. Nesse sentido, o Licenciamento se coloca também a serviço do princípio do desenvolvimento sustentável.

Se a atividade estiver em desacordo com as normas, critérios, padrões e princípios da legislação ambiental, presume-se que seja contrária ao interesse público e que, portanto, não poderá ser licenciada, já que o interesse público se sobrepõe ao particular (GRANZIERA, 2011, p. 406).

2.2 Natureza jurídica

Alguns doutrinadores sustentam que é de *autorização* que efetivamente se trata, pois, se licença fosse, deveria o ato da outorga trazer necessariamente a marca da definitividade, o que, à evidência, não ocorre em nosso sistema que prevê prazos de validade para cada tipo de licença. É dizer, o termo licença estaria sendo empregado sem o rigor técnico-jurídico que deveria traduzir, devendo, por consequência, ser entendido

como sinônimo de autorização, que é um ato administrativo discricionário e precário (MILARÉ, 2011, p. 516).

A professora Bechara (2009, p. 89) ministra que “o licenciamento ambiental é uma manifestação clara do poder de polícia do Estado sobre as atividades que possam perturbar e/ou comprometer a vida, a segurança e o bem-estar da coletividade”, no que tem a concordância da professora Maria Luiza Graziero.

O poder de polícia encontra sua definição legal no art. 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Acerca desse poder, Bechara (2009, p. 90) aduz:

O poder de polícia é a prerrogativa que tem o poder público de condicionar a liberdade e a propriedade dos cidadãos, em nome do bem comum, de modo a impedir que as pessoas utilizem a sua liberdade ou a sua propriedade em detrimento de outrem. Ou, como resume apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, é a ‘atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

2.3 Bases Normativas – leis aplicáveis

O fundamento legal desse instrumento encontra-se no art. 10 da Lei nº 6.938/81 que determina: a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos

ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento (GRANZIERA, 2011, p. 407).

Também ao Licenciamento é aplicável o Decreto nº. 99.274/90, que regulamentou a Lei nº. 6.938/91. Ainda tem-se que o Licenciamento Ambiental se desenvolve sob o manto da Resolução CONAMA nº 237/1997 e a seu respeito é observada a Lei complementar 140/2011.

2.4 Ato Vinculado e Discricionário

A licença ambiental é um tema polêmico, pois os doutrinadores discutem que este instituto é um ato vinculado, mas que em alguns momentos – e, nesse sentido, em quais momentos - ele pode ser considerado discricionário.

Antes dessa abordagem é importante anotar que o regime jurídico-administrativo do poder público tem fundamento em dois postulados básicos (e implícitos), a saber, o **princípio da supremacia do interesse público** e o **princípio da indisponibilidade do interesse público** (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 213).

Os poderes administrativos representam instrumentos que, utilizados isolada ou conjuntamente permitem à administração cumprir suas finalidades (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 216).

Alexandrino e Paulo (2012, p. 217) apud Carvalho Filho (2011) conceituam o poderes administrativos como “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.

Acerca dos poderes administrativos passa-se a discorrer especificamente sobre o poder vinculado e o discricionário definindo-se cada um deles.

2.4.1 Ato Vinculado

O poder vinculado é aquele de que dispõe a administração para a prática de atos administrativos em que é mínima ou inexistente a sua liberdade de atuação (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 216).

Alexandrino e Paulo (2012, p. 217) explicam:

Em relação aos atos vinculados, não cabe a administração tecer considerações de oportunidade e conveniência, nem escolher seu conteúdo. O poder vinculado apenas possibilita à administração executar o ato vinculado nas estritas hipóteses legais, observando o conteúdo rigidamente estabelecido em lei. [...] Portanto, na edição de um ato vinculado, o agente administrativo tem respaldo somente no poder vinculado. Na prática de um ato discricionário, a administração pública exerce o poder discricionário e, também, o poder vinculado.

Nota-se que o poder vinculado não é exatamente um poder, mas sim um dever da administração pública (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 217).

2.4.2 Ato Discricionário

Ato discricionário é o resultante de uma opção feita pelo administrador entre alternativas disponibilizadas pela lei, segundo critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade, consignando-se que a

escolha deve ser sempre pela “melhor” situação – daí por que afirmamos que, diretamente do que possa parecer à primeira vista, discricionariedade não se confunde com ilimitada liberdade, muito menos com arbitrariedade pois, quanto a sua finalidade, o administrador está necessariamente “vinculado” e/ou “preso” à alternativa que chegue mais perto de satisfazer o interesse público. A liberdade, na verdade, está em analisar as alternativas possíveis e identificar qual delas se enquadra nesta premissa. Trata-se, portanto, de uma “liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal” (BECHARA, 2009, p. 126).

A doutrina entende que o poder discricionário tem como núcleo a autorização legal para que o agente público decida, dentro dos limites estabelecidos por lei, a conveniência e a oportunidade de praticar ou não, um determinado ato administrativo e, quando for o caso, ainda poderá escolher o seu conteúdo (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 218).

Alexandrino e Paulo (2012, p. 218) explicam:

O poder discricionário é o conferido à administração para a prática de atos discricionários (e sua revogação), ou seja, é aquele em que o agente administrativo dispõe de uma **razoável liberdade** de atuação, podendo valorar a **oportunidade** e **conveniência** da prática do ato, quanto ao seu motivo, e, sendo o caso, escolher, dentro dos limites legais, e seu conteúdo (objeto). (**grifei**)

Diante disso, deve-se lembrar que o administrador público deverá sempre agir de acordo com a conduta prevista em lei, e observar qual a mais condizente com a satisfação do interesse público (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 218).

Os professores Alexandrino e Paulo (2012, p. 218) lembram ainda que “também tem fundamento no poder discricionário a revogação de atos discricionários que a administração pública tenha praticado e, num momento posterior, passe a considerar inoportunos e inconvenientes”.

Somente a administração pública que criou um ato administrativo poderá revogá-lo. Assim, o Poder Judiciário nunca poderá revogar um ato administrativo praticado pelo Executivo ou pelo Legislativo (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 218).

Como já anotou-se, o poder discricionário oferece uma maior liberdade de atuação da administração, mas que esta sempre deverá observar os limites estabelecidos em lei ou dela decorrentes, visando sempre satisfazer o interesse público.

Alexandrino e Paulo (2012, p. 218) anotam que:

O poder discricionário tem como limites, além do próprio conteúdo da lei, os princípios jurídicos administrativos, sobretudo os da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais decorrem implicitamente do postulado do devido processo legal, em sua acepção substantiva. A extrapolação dos limites legais, assim como a atuação contrária aos princípios administrativos, configura a denominada arbitrariedade (arbitrariedade é sempre sinônimo de atuação ilegal).

Será considerado **nulo** o ato que contenha qualquer vício em seu objeto, o que se verifica quando a lei não prevê a possibilidade daquele determinado ato que foi praticado. Por exemplo, se uma lei prevê a possibilidade de suspensão punitiva de uma atividade por um mínimo de trinta e no máximo de noventa dias, mas o administrador confere uma suspensão de cem dias, resta claro que isso seria uma decisão puramente arbitrária, não sendo cabível, falar em poder discricionário, e sim em pura ilegalidade, pelo abuso de poder (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 218).

Quanto ao deferimento ou indeferimento da licença ambiental que é a ser concedida pela Administração Pública, esta deverá sempre agir com o dever legal de atender os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, que são os pilares de sua atuação.

Assim, a Administração Pública deve analisar todos os pedidos de licenças ambientais com extrema cautela, pois a mesma é responsável por zelar pela proteção do meio ambiente, cumprindo os princípios da prevenção e da precaução, ao mesmo tempo em que também deve organizar o processo de desenvolvimento da sociedade.

A licença ambiental é o instrumento que o Poder Público detém para controlar e fiscalizar as atividades econômicas dos particulares que podem vir a degradar e poluir o meio ambiente, buscando assim, sempre de maneira efetiva proteger esse precioso bem da humanidade.

É certo que a Administração Pública, ao tomar qualquer tipo de decisão, deverá fundamentá-la de acordo com os parâmetros previstos em lei (ato vinculado), de modo que os particulares que desejam iniciar qualquer tipo de atividade econômica possam tomar ciência dos impactos que podem causar ao meio ambiente e quais são os limites de atuação de cada empresa empreendedora.

Ocorre que a lei não é capaz de prever todos os fatos que ocorrem na sociedade; por tal razão, o administrador público tem a possibilidade de tomar decisões não dispostas em lei, mas deve fazê-lo sempre observando a razoabilidade, a proporcionalidade e a adequação e sempre aplicando os princípios que regem a Administração Pública (ato discricionário).

No entanto, surge um problema quando o Administrador Público, em muitos casos, deixa de observar o que dispõe a lei e age por conta própria, tomando decisões que ferem os princípios que norteiam o Poder Público e também os princípios que protegem o meio ambiente; então, pode-se dizer que o mesmo valeu-se de um poder arbitrário para governar, o que não é permitido pela legislação brasileira.

Dessa forma, o ato ilegítimo e ilegal poderá ser anulado, seja pela própria Administração que produziu o ato ou pelo Judiciário que tem a competência para dizer à Administração Pública que cumpra com suas funções típicas; e isso não é invasão de poder em outra esfera.

2.4.3 Diferença entre Ato vinculado e ato discricionário

A diferença principal entre ato vinculado e ato discricionário repousa na margem de liberdade dada a cada qual.

No ato vinculado, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado” (BECHARA, 2009, p. 127).

Já no ato discricionário, há uma elasticidade da liberdade. Nos ensina Bechara (2009, p.127):

a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

A terminologia utilizada pela legislação é a da licença ambiental. Todavia, está longe de ser pacífico o entendimento desse instituto como licença, sob o enfoque do direito administrativo (GRANZIERA, 2011, p. 410). Conforme Granziera (2011, p. 410) apud Meirelles (2006, p. 187):

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo, pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, [ou] a construção de um edifício em terreno próprio.

A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção e, uma vez expedida, traz a

presunção de ser definitiva. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a respectiva indenização (GRANZIERA, 2011, p. 410).

Na autorização, embora o interessado satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cassação do ato autorizado, na forma da Lei, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a administração obrigada a licenciar ou a admitir (GRANZIERA, 2011, p. 412-413).

Além disso, cabe indenização quando, por interesse público, a licença tiver de ser revogada. Ora, isso não se aplica ao direito ambiental, pois não há direito adquirido de poluir ou degradar (GRANZIERA, 2011, p. 413).

Granziera (2011) apud Mello (2006) esclarece que “autorização é o ato unilateral pelo qual Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precatório”. Ressalta o autor, contudo, que a discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como “certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados [pela Administração]” (GRANZIERA, 2011, p. 413).

3. Conflito de normas

Na análise do contexto sobre o tema, não poderíamos deixar de nos manifestar acerca do conflito de normas, ou melhor, se existe conflito

de normas quando da sobreposição do TAC sobre o Licenciamento Ambiental.

Ocorre que, como visto alhures, o TAC tem sua origem na lei da ação civil pública; portanto, uma lei ordinária. Por sua vez, o licenciamento tem sua origem primeiramente numa lei ordinária – vez que é a lei ordinária que organiza todos os sistemas -, depois em uma resolução e, em seguida, em uma lei complementar.

Ora, a Lei é o ato jurídico emanado pelo Estado (competência do LEGISLATIVO) visando regular a conduta humana em sociedade; ato este com caráter obrigatório, genérico, abstrato, impessoal e inovador. A Lei é um ato complexo e depende de apreciação pelo Legislativo e pelo Executivo. O Legislativo aprova e o Executivo sanciona a lei. Os dois órgãos integram suas vontades para a formação da lei.

A Lei Complementar é uma lei que tem como propósito complementar, explicar, adicionar algo à constituição, diferenciando-se da lei ordinária desde o *quorum* para sua formação: a última exige apenas maioria simples de votos para ser aceita, já a primeira exige maioria absoluta. A lei complementar tem seu âmbito material predeterminado pelo constituinte; já no que se refere a lei ordinária o seu campo material é alcançado por exclusão: se a constituição não exige a elaboração de lei complementar então a lei competente para tratar daquela matéria é a ordinária.

No Brasil, a lei que a Constituição Federal de 1988 determinou fosse criada para regulamentar determinada matéria denomina-se "complementar", e exige quórum qualificado, em oposição à lei ordinária, que de tal prescinde.

Por sua vez, a resolução tem a seguinte definição: Se os decretos legislativos são atos destinados a disciplinar matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional com efeitos externos, as resoluções têm a mesma natureza, porém com efeitos internos.)

Entendemos que, diante das definições acima esclarecidas, não existe, em um primeiro momento, um conflito de normas; portanto, não poderia haver uma sobreposição entre uma e outra norma.

4. Consequências Jurídicas

Observa-se, diante do já explanado, que o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental é um instrumento importante para buscar a recuperação ou compensação ambiental ou, ainda, a indenização pelo dano cometido ao meio ambiente.

Por sua vez e trilhando o mesmo caminho da busca pelo equilíbrio ambiental, o instrumento do Licenciamento Ambiental insculpe, em sua natureza, o princípio da prevenção e precaução, evitando desta forma que qualquer empreendimento ou atividade possa trazer danos ou prejuízos ao meio ambiente.

Não se pode esquecer que o instituto do licenciamento trabalha buscando de todos os meios prevenir que o dano ocorra, enquanto que o TAC, em regra, busca atuar após a ocorrência do dano, quando o Licenciamento Ambiental já em andamento não deve ser sobrestado ou mesmo sobreposto pelo TAC.

O que deve ocorrer é o respeito ao que já foi estabelecido. O TAC deve agir no momento que houver o dano buscando a recuperação ou a compensação ou a indenização, mas deve fazê-lo respeitando os prazos e termos do licenciamento que esteja em andamento ou mesmo daquele licenciamento concedido que tenha sido caçado.

Do contrário, se o TAC for elaborado no sentido de permitir que o infrator, que já tem sua licença caçada ou cuja concessão não tenha sido renovada, continue o seu empreendimento funcionando ou tenha prazos mais extensos do que aqueles do licenciamento, haverá uma sobreposição da Lei Ordinária – da Ação Civil Pública - sobre outra Lei Ordinária - da Política Nacional do Meio Ambiente – e também sobre a Lei Complementar que regulamenta a Licença Ambiental, o que, a nosso ver, está fora do contexto jurídico.

Essa sobreposição gera um conflito de normas, uma vez que não há hierarquia da lei ordinária sobre outra lei ordinária ou sobre lei complementar e nem há hierarquia da lei complementar sobre a lei ordinária.

Acrescente-se ainda que nessa situação, a recuperação, a compensação ou a indenização do meio ambiente ficarão prejudicadas, uma vez que se estará convalidando, mesmo que por um período curto, que o dano continue a ocorrer sem que seu infrator seja penalizado, uma vez que possui o manto protetor de um TAC firmado pelo Ministério Público.

Como exemplo citamos um caso de uma usina de etanol que tem sua licença de operação vencida por falta de cumprimento de condição exigida em razão de questões técnicas, como a impermeabilização da lagoa de recebimento de vinhaça. Ora se é condição necessária para que a usina consiga renovar sua licença de operação a impermeabilização desta lagoa em prazos mais exíguos e no TAC realizado pelo MP tal usina consegue prazo mais extenso significa que estará legalizado o dano ocasionado ao meio ambiente em virtude da possibilidade de continuar armazenando a vinhaça de forma errada e, assim, impedindo que os demais órgãos ambientais possam aplicar sanções contra esta empresa.

É conveniente ainda que não se esqueça que a sobreposição do TAC realizado pelos membros do Ministério Público pode acabar ocorrendo também sobre o TAC firmado pelos órgãos ambientais, assunto a ser tratado em outro trabalho.

O certo é que a sobreposição poderá acarretar um prejuízo enorme ao meio ambiente e à sociedade, devendo ser responsabilizado o Ministério Público caso realize tal transação, pois trata-se o meio ambiente equilibrado de um direito indisponível para o parquet jurídico, de forma que se torna impossibilitado de assim agir causando prejuízo ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20^a. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

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

BOULLE, Laurcence. (2005) **A History of Alternative Dipute Resolution**. ASR Bulletin: Vol.7:No.7, Article 3. Available at: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol7/iss7/3>.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental – Fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GUERRA, Sidney. **Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a Lei complementar n. 140/2011**. São Paulo: Atlas, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes Internacionais**. 2ª Ed. São Paulo: Almedina, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2ª ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2012.